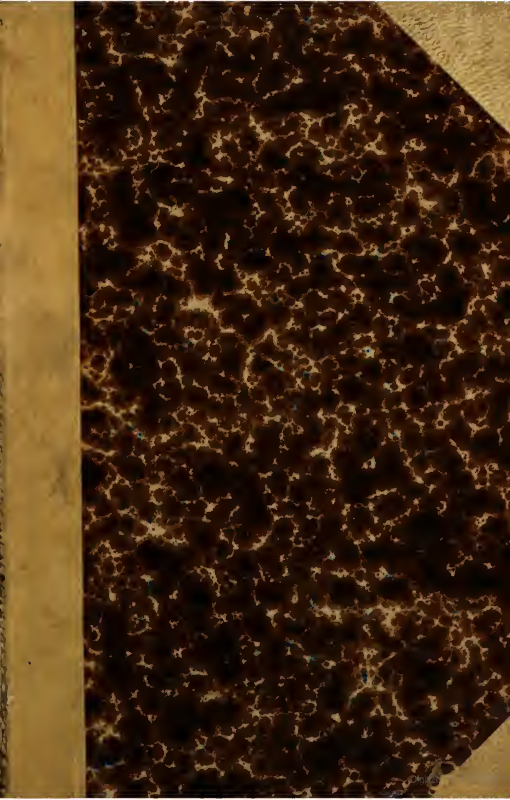


Die zweite (Rest-) Lieferung erscheint binnen Kurzem, und wird den p. t. Subscribenten unberechnet nachgeliefert.

Pandekten

von

G. F. Puchta.

Elfte sorgfältig revidirte und vermehrte Auflage.

Nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. A. F. Rudorff,
Geh. Justizrathe und ordentl. Professor der Rechte in Berlin.

1. Lieferung.



Leipzig,
Verlag von Johann Ambrosius Barth.
1872.

Aufgeschnittene, beschmutzte und beschädigte Exemplare werden nicht zurückgenommen.

Einleitung.

Das römische Recht der Gegenwart.

§. 1.

Unser Recht ist theils einheimischen, theils fremden Ursprungs. Von den ursprünglich fremden Elementen desselben ist an Umfang und Wichtigkeit keines dem römischen Recht zu vergleichen. Die Gestalt, in welcher dieses von Anfang seinen Einfluß gewann, ist die ihm von Justinian gegebene, die das Corpus iuris civilis in seinen vier Bestandtheilen darstellt: Institutiones, auf den Grund der Institutionen des Gaius mit Zuziehung anderer Schriften und Rechtsquellen verfaßt (publicirt am 21. November, gültig vom 30. December 533 an), Digesta oder Pandectae, aus den Schriften von neun und dreißig älteren Juristen compilirt (publicirt am 16., gültig vom 30. December 533 an), Codex iustinianeus, aus den Gesetzen der Imperatoren von Hadrian an bis auf Justinian herab zusammengesetzt (in seiner neueren Gestalt, repetita praelectio, publicirt am 16. November, gültig vom 29. December 534 an), Novellae, einzeln stehende Gesetze Justinian's seit 535[a]).

Reception.

§. 2.

Nicht durch eine äußere Gewalt, sondern durch die Macht wissenschaftlicher Ueberzeugung ist es geschehen, daß das römische Recht, ähnlich wie die Philosophie der Griechen und die Geisteswerke der alten

a) Neueste kritische Ausgaben: 1) Iustiniani institutiones recensuit Paulus Krueger. 1867. Imp. Iustiniani institutionum libri quattuor cum praefatione et ex recognitione Ph. Eduardi Huschke. 1868. 2) Digesta Iustiniani Augusti recensuit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen. Vol. I. II. (1870), vgl. die Vorrede p. V—LXXXXVI. Rudorff über Mommsen's Pandektenausgabe, Ztschr. für R. G. 6 (1867) S. 418—448. 3) Authenticum rec. Gustav. Ern. Heimbach. II Voll. 1851. Ueber die noch zu erwartende kritische Ausgabe des Coder: Kritik des Justinianischen Coder v. Paul Krüger. 1867. R.)

Welt überhaupt, bey uns Eingang und neues Leben fand. Die justinianischen Gesetzbücher galten in Italien bis zum Anfang des zwölften Jahrhunderts wenigstens nominell als Landesrecht, um diese Zeit wendete sich der dort erwachte wissenschaftliche Geist zur Jurisprudenz, deren Denkmal sie waren, von da an wurden sie nicht mehr als Recht dieses oder jenes Landes, wo sie bis dahin ein kümmerliches Daseyn gefristet hatten, sondern wie andere Ueberlieferungen des Alterthums als ein Gemeingut aller gebildeten Nationen, dessen Gebrauch keine nationelle Schranke habe, behandelt. So gelangte das römische Recht an Deutschland, wo es sich gleich anfangs des Geistes der gebildeten Staatsmänner und der Gelehrten bemächtigte, dann in die höheren und niederen Gerichte eintrat, endlich selbst dem unmittelbaren Volksbewußtseyn nicht fremd blieb.

Wirkung.

§. 3.

Wie die Literatur und die Kunstwerke der Alten die Grundlage unserer allgemeinen, so ist die römische Jurisprudenz die unserer juristischen Bildung geworden; dadurch hat das römische Recht aufgehört, für uns ein fremdes zu seyn. Damit ist zugleich ein praktischer Einfluß auf unsere Gesetzgebung, Rechtspflege, auf unser gesammtes Rechtsleben ausgesprochen, aber er hat überdieß die bestimmte Form unmittelbarer Gesetzeskraft angenommen, die dem römischen Recht gleich einem einheimischen zuerkannt worden ist, und auch dieß ist nicht durch Gebot einer gesetzgebenden Gewalt, sondern durch die Macht einer stillschweigenden Ueberzeugung, in welcher jene mittelbare und diese unmittelbare Geltung sich noch nicht unterschieden hatte, geschehen[a]).

---

a) S. darüber und gegen frühere Ansichten, welche die Reception des römischen Rechts einer gesetzlichen Anordnung zuschreiben (z. B. einem erdichteten Gesetz des Kaisers Lothar, oder der Kammer-Gerichts-Ordnung von 1495, welche die Gültigkeit des römischen Rechts nur voraussetzt, nicht einführt), unter Anderen Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 440 bis 444. (Das reichhaltigste Material zu einer künftigen vollständigen Geschichte der Reception des röm. Rechts in Deutschland hat O. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 607—655, II (1864) S. 9—142 geliefert. Vgl. die Rec. von Muther, Ztschr. für R. G. 4 (1864) S. 380—445. Einzelne Beiträge geben: Schäffner, das röm. Recht in Deutschland während des 12. und 13. Jahrhunderts. 1859. Franklin, Beitr. zur Geschichte der Reception des röm. Rechts in Deutschland. 1863. Muther, aus dem Universitäts- u. Gelehrten-Leben. 1866. Stintzing, Geschichte der populären Literatur des röm. kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 13. und im Anfang des 16. Jahrhunderts (1867) in der Vorrede S. I—L über das Medium der Halbgelehrten. — Das Vordringen des röm. Rechts nach Nordfrankreich, wo es aber keine Gesetzes-

Beschränkungen.

§. 4.

Diese unmittelbare Gültigkeit („als recipirtes Recht“), welche das römische Recht für den Richter auf gleiche Linie mit dem einheimischen stellt, und die es bis auf diesen Augenblick noch in den meisten deutschen Ländern hat, kommt 1) nur dem Inhalt des Corpus Juris civilis (§. 1.), also weder den sonstigen Ueberlieferungen des älteren Rechts, noch den späteren Bearbeitungen und Gesetzgebungen der Nachfolger Justinian's auf dem byzantinischen Thron zu, 2) nur den von der Schule der Glossatoren zu Bologna, durch welche der Uebergang des römischen Rechts auf die Gegenwart vermittelt worden ist, als praktisch anerkannten Bestimmungen jenes justinianischen Rechts, also nicht den Stellen desselben, welche die Glossatorenschule entweder nicht kannte, oder die sie mit Bewußtseyn von der Anwendbarkeit ausschloß[a]). Auf der anderen Seite ist durch die Glossatoren einiges zu dem Text der justinianischen Gesetzbücher hinzugekommen, was dadurch eine dem ursprünglichen Text derselben gleichkommende Autorität erhalten hat; dahin gehören die von ihnen recipirten lateinischen Uebersetzungen ur-

kraft erhielt und nach England, wo es überall nicht haftete, erörtert Biener, die Verbreitung des röm. Rechts im Mittelalter: krit. Zeitschrift für Rechtswiss. und Gesetzgebung des Auslandes XIX. 9. [1847]. R.)

a) Es giebt für diese Ausscheidung von Stellen aus dem gesetzlich gültigen justinianischen Recht ein äußeres Kennzeichen, dieß ist der Mangel der Glosse, und zwar der Glosse des Accursius, des letzten Glossators (die in den glossirten Ausgaben des Corpus Juris, wie auch in den meisten Handschriften steht): quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia. Solche nicht glossirte Stellen finden sich in den Institutionen gar nicht, in den Digesten nur wenige (L. 7 §. 5. L. 8—11 de bon. damn. 48, 20. L. 10—19 de interd. et releg. 48, 22), in dem Coder sehr viele (vgl. Witte, die leges restitutae des justin. Coder 1830. Böcking, Pandekten [1853] I. Anh. 3.). Von den Novellen endlich (nach der Sammlung von 168 Nummern, die den heutigen Ausgaben zu Grunde liegt) sind folgende 96 glossirt: 1—10. 12. 14—20. 22. 23. 33. 34. 38. 39. 44. 46—49. 51—58. 60. 61. 66. 67. 69—74. 76—86. 88—100. 105—109. 111—120. 123—125. 127. 128. 131. 132. 134. 143. 159. S. Biener, Geschichte der Novellen Justinian's. 1824. Anhang II. Böcking, Instit. I. S. 73 ff. (Der angeblichen späteren Reception restituirter Stellen, z. B. L. 22 [restit.] C. de fide instrum. [4, 21] ist eben so oft widersprochen worden. — Daß das öffentliche Recht nicht recipirt wurde (Savigny, System I. S. 69. 165, Sintenis I. S. 18), ergiebt schon die Ausscheidung der drei letzten Bücher des Coder und der nicht glossirten Novellen. Die einzelnen staatsrechtlichen Bestimmungen, welche von dieser Regel eine Ausnahme machen (Wächter, Archiv für civ. Pr. XXIII. S. 484, gem. Recht in Deutschland S. 193 Note 236, Guyet, Archiv für civ. Pr. XXXV. S. 44. 45) sind meist mit privatrechtlichen Elementen vermischt. Vgl. Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts II. (1866). S. 27 Note 3. Anders Windscheid 12 Note 2 a. E. R.)

sprünglich griechischer Stücke[b]), Auszüge aus den Novellen zu den dadurch abgeänderten Stellen des Codex (authenticae), Gesetze deutscher Kaiser oder Auszüge davon, welche die Glossatoren in den Codex aufnahmen (authenticae fridericianae).

Verhältniß zum canonischen Recht.

§. 5.

Neben dem römischen Recht ist das canonische (nicht blos für kirchliche, sondern auch für weltliche Verhältnisse) gleicher Weise bey uns geltend geworden. Diese Autorität haben die vier Stücke erhalten, welche das Corpus iuris canonici (clausum) ausmachen: Decretum Gratiani, ein von einem Mönch zu Bologna in der Mitte des zwölften Jahrhunderts verfaßtes Handbuch des canonischen Rechts, enthaltend eine Compilation aus der Bibel, den Kirchenvätern, den apostolischen Canones, Conciliensch lüssen, päpstlichen Decretalen, römischen Rechtsquellen, fränkischen Capitularien (blos diese Quellenzeugnisse, nicht die eignen Sätze des Verfassers — dicta Gratiani — haben jene Autorität erlangt); Decretales Gregorii IX, aus päpstlichen Verordnungen der Zeit von 1150 bis 1230 zusammengesetzt (publicirt durch Sendung an die Universitäten zu Bologna und Paris 1234): Liber sextus decretalium (Bonifacii VIII), zur Ergänzung jener gregorischen Sammlung durch spätere Verordnungen (an jene Universitäten gesendet 1298); Clementinae, eine gleichergestalt ergänzende Sammlung durch Clemens V (publicirt und an die Universität Orleans gesendet 1313, von dem Nachfolger jenes Papstes 1317 an die vorher erwähnten Universitäten)[a]). Soweit es sich auf die bürgerlichen Rechtsverhältnisse be-

b) Streitfrage: ob bey einer Differenz zwischen der von den Glossatoren als authentischer Text behandelten Uebersetzung der Novellen (authenticum, versio vulgata) und dem seit dem 16. Jahrhundert bekannten griechischen Text jene oder dieser vorgehe? Savigny, System I. S. 67. Vgl. Osenbrüggen, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XVII. 11 (1842). (Majer daselbst, V. 7 [1848] vgl. §. 428.*. R.) Abgesehen von dem Fall, daß der in der Vulgata enthaltene Satz Gewohnheitsrecht ist, was jedoch nicht schon im Allgemeinen aus der Reception des römischen Rechts in der Gestalt des den Glossatoren vorliegenden Textes sich entscheidet, wird alles auf die Authenticität des einen oder des anderen Satzes ankommen. Bey dieser Untersuchung sodann wird von Erheblichkeit seyn, ob die Abweichung erst durch eine Emendation der Glossatoren veranlaßt ist, oder (wahrscheinlich) schon in der alten Uebersetzung selbst vorhanden war, und in diesem Fall: ob der Uebersetzer an der fraglichen Stelle denselben griechischen Text, wie die uns überlieferten griechischen Handschriften, oder einen davon abweichenden vor sich gehabt zu haben scheint.

a) Seit dem Anfang des sechzehnten Jahrhunderts stehen in den Ausgaben des Corpus iur. can. noch zwey Privatsammlungen: Extravagantes Ioannis XXII

zieht, hat das canonische Recht das römische zur Grundlage, es hat an seinem Ort dazu beigetragen, den Uebergang desselben auf die neuere Zeit zu vermitteln, doch sind nicht alle Modificationen, die es zu diesem Behuf für nothwendig hielt, geltend geworden, vielmehr hat die Praxis in manchen Punkten die römischen Rechtssätze gegen solche Veränderungen festgehalten oder wiederhergestellt.

Verhältniß zum einheimischen Recht.

§. 6.

Zu dem einheimisch deutschen Recht hätte das römische in das Verhältniß eines bloßen Hülfsrechts für Fälle, die in jenem keine Entscheidung fanden, treten können. Dieß war so wenig der Fall, daß es mit dem Uebergewicht, das ihm seine Eigenschaft als geschlossenen Systems und vor allem als geschriebenen Rechts gab, viele Institute des deutschen Rechts theils aufhob oder wesentlich modificirte, theils in den engeren Bereich blos particulärer Rechtsbestimmungen zurückdrängte. Auf der anderen Seite hat auch das römische Recht, wie durch das canonische, so noch mehr durch das deutsche: Reichsgesetze[a]) und Gewohnheitsrecht (§. 6a), seit dem Anfang seiner Reception viele Modificationen erlitten, die unter dem Ausdruck des heutigen römischen Rechts (im Gegensatz zu dem reinen R. R.) mitbegriffen werden[b]). So erhielt also das römische Recht als adoptirtes keine geringere Wirksamkeit als

---

und Extravagantes communes, welchen so wenig als anderen Anhängen der Ausgaben die Autorität jener vier Stücke zuerkannt worden ist. Vgl. Eichhorn, Kirchenrecht I. S. 349 ff. Richter, Kirchenrecht §. 79.

a) Sammlungen von Reichsgesetzen (Reichsabschieden, Reichsschlüssen, Reichsdeputationsabschieden): Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen, Frankfurt 1747, 4 Fol. Gerstlacher, Handbuch der D. Reichsgesetze in system. Ordnung, 11 Bde. 1786 ff., insonderheit der 10. Band, der das Privatrecht enthält. Emminghaus, Corpus Juris Germanici Academicum, 2 Thle. 1824. 2. Aufl. 1844. Eine Zusammenstellung der Modificationen des R. R. durch die R. G. von Graß: Collationum iuris civilis rom. cum recess. imp. rom. germ. etc., zuerst 1703—21 in einzelnen Heften, dann zusammen 1723.

b) Vgl. Savigny, System des heut. R. R. I. §. 1. 2. (Früher wurden diese Modificationen als usus modernus pandectarum dem römischen Recht angehängt, neuerdings hat die fortgeschrittene deutschrechtliche Jurisprudenz einen großen Theil dieses Elements auf seinen wahren Ursprung aus deutschen Rechtsgewohnheiten zurückgeführt und in ihr System aufgenommen, vgl. z. B. Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts II. (1866) §. 118—120. Es giebt jedoch Modificationen allgemeiner Natur, welche auf der gesammten Arbeit und Wissenschaft des neuern Europa seit dem frühern Mittelalter beruhen, und das reine römische Recht wesentlich umgestalten. Diese können nur in Verbindung mit dem letztern ihre befriedigende Behandlung finden. R.)

das eingeborne; diese Gleichheit, wie sie durch die freie Reception begünstigt worden war, trug hinwieder dazu bey, jenem die Eigenschaft eines fremden Rechts zu nehmen[c]). Gegenüber dem particulären Recht einzelner Länder, Provinzen, Orte, hat es allerdings nur die subsidiäre Anwendbarkeit, welche das Sprichwort ausdrückt: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht, aber dies gilt von jedem gemeinen Recht, auch von dem einheimischen[d]), auch hat der Geist des römischen Rechts an der Ausbildung der particulären Rechte keinen geringeren Antheil, als die einheimisch deutschen Rechtsanschauungen.

§. 6a.

Das Gewohnheitsrecht, dessen im §. 6 als eines Bestandtheils des heutigen römischen Rechts gedacht worden ist, hat zu Erkenntnißquellen vornehmlich 1) Urkunden über die wirkliche Rechtsanwendung, in welcher die volksmäßige Rechtsüberzeugung sichtbar wird: Rechtsbelehrungen, Gutachten, Urtheile (consilia, responsa, decisiones etc.), namentlich solche, die von angesehenen Collegien (Juristenfacultäten und Gerichtshöfen) ausgegangen und von denen auch Sammlungen angelegt und herausgegeben worden sind (Noten d, e), 2) aber auch die wissenschaftlichen Arbeiten selbst, besonders der Juristen, deren Werke eine allgemeine Anerkennung gefunden und als Reflexe der herrschenden Ansichten gegolten haben, der s. g. bewährten Rechtsgelehrten. Ein solches Ansehen genoß im Mittelalter die Glosse des Accursius, dann Bartolus mit vielen seiner Zeitgenossen im 14. und 15. Jahrhundert, später die s. g. Praktiker des 16. und 17. Jahrhunderts (ältere Prak-

c) (Aus dieser völligen Gleichstellung folgt, daß „im Zweifel" von einer „Vermuthung" weder für den römischen, noch den deutschen Rechtssatz die Rede sein kann, mithin die Collision beider nach denselben wissenschaftlichen Principien zu unterscheiden ist, welche bei Rechtssätzen gleichen Ursprungs maßgebend sein würden. Die fundata in iure intentio, auf welche manche Romanisten (z. B. v. Wächter, gem. Recht Deutschlands S. 186—204, Windscheid II, 2. n. 2) noch heute Gewicht legen, ist ein längst antiquirter Rest der kammergerichtlichen Beweistheorie von 1495, nach welcher die deutschen Rechtsgewohnheiten allegirt, geprüft und bewiesen werden mußten. Ebenso wenig beweist die Reception als Ganzes (in complexu) für einen Vorzug der Theile. Vgl. besonders Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts II. (1866) §. 8. 9., der mit Recht erinnert, daß in dieser rein wissenschaftlichen Frage nicht mit Proceßpräsumtionen zu operiren ist. R.)

d) Vgl. Reichs-Hofraths-Ordnung von 1654 Tit. 1. §. 15: Präsident und Reichshof-Räthe sollen — zuvorderst Unsere Römisch-kaiserliche Wahlcapitulation, Reichsabschied, Religion und Profan-Frieden, und den jüngsten Münster und Osnabrückischen Friedenschluß, nach Ausweisung des 17. Art. §. 1 und 2, wie auch jedes Stands, Lands, Orts und Gerichts sonderlich die gebührliche allegirte und probirte Privilegia, gute Ordnung und Gewohnheiten, und im Mangel derselben die Kaiserliche Rechten, und rechtmäßige Observationes und Gebräuch in acht nehmen.

tiker)[e], und viele des achtzehnten[f]). Man versteht in diesem Sinn unter Praktikern die juristischen Schriftsteller, welche das Recht in un-

---

e) Unter Anderen: Andr. Gaill, pract. observationum ad proc. cam. imp. libri II, zuerst 1580. Joach. Mynsinger, consiliorum decades sex, zuerst 1576. — Singulares observ. camerales, zuerst 1576. Ant. Faber, codex definitionum forens. et rerum in Sabaud. senatu tract. zuerst 1606. („codex fabrianus"). Herm. Vulteius, consilia s. responsa facultatis iurid. in acad. Marpurg. IV vol. 1611 ff. Matth. Berlich, conclusionum practicabilium secundum ordinem D. Augusti liber, zuerst 1614 ff. 4 Thle., — Decisiones 1625. 1660, 3 Thle. Bened. Carpzov, iurisprudentia forensis romano-saxonica sec. ord. const. D. Aug., zuerst 1638, — Responsorum libri sex, zuerst 1642, — Decisionum saxon. tres partes, zuerst 1646 ff. Dav. Mevius, decisiones Wismariensis tribunalis, zuerst 1664 ff. Ferd. Chr. Harpprecht, consilia iuridica tubingensia 1695 ff., 7 Bde. Nic. Chr. de Lynker, consilia s. responsa 1704 ff. 2 Bde. Jo. Balth. a Wernher, selectae observationes forenses, zuerst 1710 ff.

f) J. H. Böhmer, consultationes et decisiones 1733 ff., 3 Bde. Fr. Es. a Pufendorf, observ. iuris universi, quibus praecipue res iudicatae summi tribunalis (Cellensis) continentur, zuerst 1744 ff., 4 Bde. D. G. Strube, rechtliche Bedenken, Hannov. 1761 ff. u. öfter. 5 Thle. (Systematisch geordnet von E. Spangenberg 1827 ff.) C. F. Hommel, rhapsodia quaestionum in foro obvenientium, neque tamen legibus decisarum 1765 f., 1782 f. 7 Bde. J. A. G. Kind, quaestiones forenses observ. ac praesertim decisionib. saxon. supremi provoc. tribun. illustratae, zuerst 1792 ff. 4 Thle (F. v. Bülow und) Th. Hagemann, prakt. Erörterungen — mit Urtheilssprüchen des Zelle'schen Tribunals und der übrigen Gerichtshöfe bestärkt 1798 ff. 7 Bde. Achter Band von Spangenberg 1829. G. H. v. Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, größtentheils in der götting. Juristenfac. und in der k. Justizkanzley zu Hannover gesammelt 1802 ff. 4 Thle. Ein, jedoch sehr unvollständiges Repertorium über die früheren Werke ist J. C. C. Schröter, repertor. iuris consultatorium in praecipuas decisiones et responsa etc. 1793. 1799, 2 Bde.

Sammlungen mit ausführlicheren oder kürzeren Ausführungen aus dem gegenwärtigen Jahrhundert, unter anderen: die schon im vorigen begonnene Collectio notab. decis. supremi trib. appell. hasso-casselani 1768—1821, 17 Theile (13—17 auch unter dem Titel: Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. d. O.A.G. zu Cassel, herausg. v. B. W. Pfeiffer 1818—21); ihr schließt sich an B. W. Pfeiffer, prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswiss. Mit Erkenntnissen des O. A. G. zu Cassel 1825—41, 6 Bde. 7. Bds. 2. Abth. 1846, und: Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. 2c., herausgegeben unter Aufsicht des Justizmin., von F. Strippelmann. 1842 ff. 8 Thle. — C. A. Gottschalk, sel. disc. for. capita. Additae sunt decis. sax. supr. prov. tribun. 1816 ff. 3 Thle. (G. A. Ackermann, Rechtssätze aus Erkenntnissen des k. O. A. G. zu Dresden [bis 1869, 20. Bd., der zweiten neuen Folge vierter Band]. C. F. Tafel, auserlesene Civilrechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Würtemberg. 1835—1866. 6 Bde. R.) — Waldek, Controversenentscheidungen des gem. O.A.G. des Herz. Braunschweig 2c. 1. Thl. 1827. — W. v. d. Nahmer, Samml. der merkwürd. Entscheid. des herzogl. nassauischen O. A. G. 1824 ff., fortgesetzt von Chr. Flach 1842 ff. — (v. Nettelbladt, Rechtssprüche des O. A. G. zu Parchim 1837—1839. 6 Bde. R.) — Erkenntnisse und Entscheidungsgründe des O.A.G. zu Lübeck in hamburg. Rechtssachen 1843—1866. 4 Bde. (Desgleichen in Frankfurter Rechtssachen, herausgegeben von J. J. Römer.

mittelbarster Beziehung auf die Anwendung behandelten, deren Untersuchungen durch Rechtsfälle veranlaßt sind, und die dann auch ihre Resultate durch die wirkliche Anwendung belegten; ein Umstand, der hinwieder ihren Ansichten einen bedeutenden Einfluß auf die Praxis sichern mußte. Hülfsmittel für die Kenntniß dieser Praxis sind Handbücher, welche dieselbe entweder vorzugsweise zum Gegenstand haben[g]), oder wenigstens eine fortwährende Rücksicht darauf nehmen. Nur sind ihre Angaben häufig unzuverlässig, indem sie nicht selten eine gemeine Praxis ohne hinreichenden Grund behaupten, während die wirkliche Anwendung entweder überhaupt schwankend und unentschieden ist, oder nur sehr particulär, etwa in einem einzelnen Land vorkommt.

Oppositionen.

§. 7.

Das römische Recht hat seinen Weg in Deutschland nicht ohne mancherley Anfechtung gemacht, die zum Theil durch mangelhafte Auffassung und Behandlung desselben von Seiten seiner Anhänger selbst hervorgerufen worden ist. Die wichtigsten dieser Oppositionen sind die von dem Standpunkt der besonderen Nationalität aus erhobenen. In den ersten Jahrhunderten wurde der Kampf gegen seinen Inhalt für

---

1854—1867. 7 Bde. — Samml. von Entscheidungen in Rostockischen Rechtsfällen. 1849—1861. 2. Aufl. 1862. — C. Arends, Samml. interessanter Erkenntnisse aus dem gem. und bayer'schen Civilr. und Civilprozesse 1843—1858. 5 Bde. — Simon und v. Strampff, Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe 1828—36. 4 Bde. Entscheidungen des k. Geheimen Obertribunals 1837—70. 62 Bde. Vgl. C. F. Koch, Beurth. der ersten 10 Bde. 1847. — Rechtsfälle aus der Praxis des k. Geheimen Obertribunals neuern Verfahrens. Aus amtlicher Mittheilung. 1847—1859. 4 Bde. — Präjudizien des Geheimen Obertribunals seit ihrer Einführung 1832 bis zum Schluß des Jahrs 1848 nach der Paragraphenfolge der Gesetzbücher geordnet. 1849—1856. 2 Bde. Striethorst, Rechtsgrundsätze der neuesten Entscheidungen des k. Ober-Tribunals 1853—1869. 6 Bde. Sammlung von Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes, herausgegeben von Glaser und Unger. Wien 1859. 1867. 4 Bde. — Ein höchst brauchbares Repertorium für die heutige Praxis ist: J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten 1847 ff. [bis 1862 15 Bde., fortgesetzt von A. F. W. Preusser. Bis 1870 Bd. 16—24.] R.)

g) Jo. Schilter, exerc. ad pand. (praxis iuris romani) zuerst 1675 ff. Sam. Stryk, usus modernus pandectarum, zuerst 1690 ff. (Neuere Handbücher in dieser Richtung sind: C. F. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht 1. Bd. 1844. 2. Bd. 1845. 1847. 3. Bd. 1851. 2. Aufl. 1861. In Form eines Examinatoriums mit Uebersicht der Controversen, nach dem Institutionensystem: R. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. 3 Bde. 1843—1854. 3. Aufl. von Kuntze 1863—1864. R.)

das hergebrachte deutsche Recht geführt [a]), später richtete er sich vorzugsweise gegen die Form eines unbequem eingerichten, ungleich abgefaßten, manche Widersprüche in sich schließenden, in fremder Zunge sprechenden Gesetzbuchs, zu Gunsten eines neuen von uns selbst zu verfassenden, in dem man sich übrigens eine materielle Herrschaft der römischen Rechtsbestimmungen wohl hätte gefallen lassen [b]), endlich ist daneben die nationelldeutsche Opposition wieder aufgetreten, welche mit der ältesten die Richtung auf den Inhalt gemein hat, aber nicht wie diese für ein bestehendes hergebrachtes Recht, sondern für eine zukünftige, nach Abstreifung römischer Bildung zu erwartende germanische Entwickelung kämpft [c]). Das römische Recht ist aus dem ersten dieser Kämpfe siegreich hervorgegangen, es hat sich ergeben, daß der zweite sein Wesen gar nicht berührte, der dritte wird die Macht, die seinem Geist beschieden ist, schwerlich zu verringern im Stande seyn [d]).

a) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 444.

b) Dieser formellen Richtung, welche namentlich auch bey den Gesetzgebern der Mitte des vorigen Jahrhunderts Anklang gefunden hat (vgl. Cocceji, Project des corporis iuris fridericiani Th. 2. Vorrede. Kreittmayr, Anmerk. über den cod. max. bavar. civil. I. 2, 9), gehört auch die Schrift von Thibaut: über die Nothwendigkeit des allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland (1814) an, mit ihren zahlreichen Geschwistern und Nachkommen.

c) Vgl. Bluntschli, die neuen Rechtsschulen der deutschen Juristen 1841. S. 30—52. (Neueste Versuche: Dr. Karl Adolf Schmidt (in Rostock), der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht I. (einziger Band) 1853 und desselben Reception des R. R. in Deutschland 1868. Nach der Ansicht des Vfs. beider Schriften soll die Subjectivität des römischen Rechts die objectiv sittliche Rechtsordnung zerstört haben, dem Volke durch Gewalt und Eigennutz aufgedrungen sein u. s. w. Er übersieht die humanistische, religiöse und sittliche Bewegung im Volke, welche dem römischen Recht entgegen kam (Stintzing, Gesch. der populären Literatur 1867, S. XXI ff.), den Culturfortschritt und die Befreiung aus dem hierarchischen Druck und dem rohen mittelalterlichen Volksrecht, welchen es anbahnte, die sittlichen Grundgedanken, welche es enthält (z. B. L. 10 §. 1. D. de inst. et iure (1, 1), L. 15 D. de cond. inst. (28, 7); Ihering, Geist des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung 3 Bde., Bd. 1. 2. zweite Auflage 1866, der dritte noch unvollendet), die ausgebildete Technik der römischen Juristen, und vergißt, daß das heutige römische Recht durchaus von dem modernen Rechtsgeist des neuern Europa durchzogen ist. Eine Gegenschrift ist: F. v. Hahn, die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien. 1856. Vgl. auch Röder, Grundgedanken des röm. und germ. Rechts. 1855. R.)

d) (Es verdient betont zu werden, daß gerade von den um den Aufschwung der neuern germanistischen Studien verdientesten Schriftstellern eine tiefere und gerechtere Würdigung des röm. Rechts vertreten wird, vgl. z. B. Gerber, deutsches Privatrecht, 10. Aufl. 1870, Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts, 2. Aufl. 1866. §. 8. 9. Im Handelsrecht fehlt es selbst an entschieden romanistischen Färbungen nicht. R.)

Resultat.

§. 8.

Die Wichtigkeit des römischen Rechts für unsere rechtlichen Zustände ist von seiner Geltung als recipirtes Recht, wovon bisher die Rede war, unabhängig. Jene gesetzliche Autorität des Corpus Juris civilis könnte abgeschafft werden, und sie ist wirklich in mehreren deutschen Ländern beseitigt worden, ohne die Bedeutung des römischen Rechts wesentlich zu verringern. Denn diese liegt vorzugsweise in dem unermeßlichen Einfluß, den es auf unser (gleichviel in welcher Form) geltendes Recht geübt hat, und eben so auf dessen künftige Fortbildung üben muß, sie liegt in der rechtlichen Gemeinschaft aller deutschen Länder, die sich thatsächlich an das römische Recht mehr und sicherer als an ein anderes Element unseres Rechts anknüpft, endlich in dem rechtlichen Verkehr zwischen allen gebildeten Nationen, dessen Grundlage die aus jenem stammenden Rechtsbegriffe sind oder zu werden allein vermögen.

System des heutigen römischen Rechts.

§. 9.

Es giebt keinen Theil unseres gegenwärtigen Rechts, der sich dem Einfluß des römischen völlig entzogen hätte, vor allem aber ist es unser Privatrecht, dessen Stoff und Gestaltung sich größtentheils auf dieses Element unseres Rechts zurückführt. Das heutige gemeine Privatrecht nun, soweit es auf römischem Recht, reinem oder durch neuere Rechtsquellen modificirtem, beruht, ist der Gegenstand der Vorträge, für welche der Name Pandekten hergebracht ist, und die systematische Darstellung desselben somit auch die Aufgabe dieses Lehrbuchs. Je mehr bey dieser Darstellung der Gedanke, daß es sich um gemeines deutsches, ja um ein die nationellen Schranken überschreitendes Recht handelt, festgehalten wird, desto völliger wird sie ihrer Aufgabe entsprechen, desto sicherer wird sie sich davor bewahren, das Wesentliche und Dauernde gegen das Zufällige und Vergängliche zurückzusetzen.

§. 9a.

Die Darstellung des heutigen römischen Rechts im Ganzen, also abgesehen von der Behandlung einzelner Abschnitte und Fragen, hat sich seit dem Wiedererwachen der Jurisprudenz in verschiedenen Formen bewegt, in verschiedenen Richtungen versucht.

Zuerst war die exegetische Methode, d. h. die äußere Anschließung an die Form, Gedankenfolge und Ordnung der geschriebenen Quellen die vorherrschende. In dieser Form wurden die Vorlesungen gehalten,

und die vornehmsten Schriften geschrieben. So sind die **Glossen** der ersten unter den modernen Juristen (Glossatoren), im 12. und bis in das 13. Jahrhundert herein, eine fortlaufende Exegese der einzelnen Stellen des Corpus Juris, auch die **Commentarien** der auf jene folgenden Juristen des 14. und 15. Jahrhunderts (Commentatoren) schließen sich noch an die einzelnen Stellen an, nur daß sie schon eine freiere Darstellung ihres Inhalts und unter der äußeren Gestalt einer Erklärung der Stelle eine systematische Behandlung der Materie, die sie betrifft, geben [a]). Noch im 16. Jahrhundert in der französischen Schule und bey den von ihr angeregten Juristen anderer Länder bis in das 17. hinein blieb die exegetische Methode die vorherrschende [b]), und diese ihre Herrschaft erhielt sich unvermindert gegen einige Versuche, die schon im 16. Jahrhundert gemacht wurden, das gesammte Civilrecht systematisch nach einer selbsterfundenen Ordnung darzustellen [c]). Die Herrschaft der exegetischen Methode war aber zugleich von einer vollkommenen Hingebung an den unmittelbaren und wörtlichen Inhalt des römischen Rechts begleitet, den die Glossatoren rein aus den justinianischen Rechtsbüchern schöpften und in dieser Beschränkung ihn auf das vollständigste in sich aufnahmen, und den die Schule des 16. Jahrhunderts von der scholastischen Auffassung der unmittelbar vorangegangenen Commentatoren zu befreien, und in seiner Reinheit mit Hülfe der Ueberlieferungen des älteren Rechts (durch deren Beyziehung sie sich von der Glossatorenschule unterscheidet) herzustellen bemüht war. So schloß sich mit der französischen Schule die erste Periode der neueren römischen Jurisprudenz, deren Aufgabe

---

a) Ueber die Literatur dieser Glossatoren- und Commentatoren-Zeit s. Savigny, Gesch. des R. R. im M. A. Bd. III—VI.

b) Unter den Werken des 16. Jahrh. nehmen den ersten Platz ein die des Jac. Cujacius (st. 1590): Opera omnia cura Fabroti. Paris. 1658, 10 Fol. — cura L. Ranii, Neap. 1722 ff. 22 Fol. (und in mehreren weiteren Abdrücken). Für die Digesten enthält fortlaufende Nachweisungen aus dieser früheren (und auch späteren) exegetischen Literatur A. Schultingii notae ad Dig. s, Pand. ed. atque animadv. adiecit Smallenburg 1804—35, 7 Bde. Ein unentbehrliches Hülfsmittel für die Exegese ist das Lexicon des B. Brissonius (st. 1591): de verborum quae ad ius pertinent significatione, namentlich in der Bearbeitung von Heineccius, Hal. 1743. Ein ähnliches Werk von noch größerem Umfang verhieß für die Zukunft H. E. Dirksen's manuale latinitatis fontium iuris civ. Rom., thesauri latinitatis epitome 1837. Erschienen ist aber nur das letztere.

c) Fr. Connani commentarii iuris civilis, zuerst 1553. Hugo Donelli commentarii iuris civilis, zuerst lib. I—XI. 1589 f. Libri XXVIII cura Sc. Gentilis 1595 ff. Ein ähnliches Werk schrieb im 17. Jahrh. Domat: les lois civiles dans leur ordre naturel, zuerst 1689 ff.

es war, des gegebenen Stoffes vollkommen Herr zu werden, und ihn einer weiteren Fortbildung im Ganzen und Einzelnen zu überliefern.

Schon gegen das Ende des 16. Jahrhunderts, entschieden aber im 17. und 18., fand in Holland und Deutschland ein Uebergang Statt zu einer freieren Behandlung zunächst in der äußeren Form der Darstellung. Es wurden umfassende Vorträge auf den Universitäten gewöhnlich, die in einem einzigen Cursus den ganzen Kreis des Jus civile begreifen sollten. Diese wurden nach der Titelfolge der justinianischen Pandekten (der sogenannten Legalordnung — wovon sie auch den Namen Pandekten erhielten) gehalten, so jedoch, daß innerhalb der einzelnen Titel nicht die Aufeinanderfolge der Stellen, sondern eine freie Ordnung ihres Inhalts den Leitfaden für die Darstellung der durch den Titel bezeichneten Materie abgab [d]). In dieser Art wurden auch Bücher, theils als Grundlage für Vorlesungen, theils in weiterer Ausführung (als Commentarien) geschrieben [e]). Die Richtung dieser Werke ist höchst verschieden, zum Theil schließen sie sich mehr dem Geist des 16. Jahrhunderts an, und suchen das römische Recht in seiner Reinheit, wenn auch manche von diesen wieder nicht ohne Rücksicht auf neuere Rechte, darzustellen (so meistens die Holländer), zum Theil sind sie (und dies gilt besonders von den Deutschen) wissentlich oder unbewußt, unmittelbar oder mittelbar, von den Commentatoren des spätesten Mittelalters influenzirt, und ignoriren ent-

---

d) Schon die Glossatorenschule hatte dazu das Vorbild in den Summen zu den verschiedenen Theilen des Corpus Juris gegeben (Savigny, Geschichte des R. R. im M. A. V. S. 28), und ein Vorbild, das von dieser späteren Zeit, deren der Text gedenkt, an innerem Gehalt kaum erreicht worden ist.

e) So von M. Wesembecius (commentarii in pandectas iuris civ. et cod. iustin., olim dicta paratitla, zuerst 1568. Aucta ab Arn. Vinnio cum notis et observ. R. Bachovii Echtii, zuerst 1649), J. Meier (collegium argentoratense, zuerst 1616 f), W. A. Lauterbach (coll. theoretico-practicum pandectarum, zuerst 1696), A. Huber (praelectionum iuris civ. tomi tres, wovon der 2. und 3. Theil hierher gehören, 1686. 1699. J. Voet (comm. ad pandectas, zuerst 1698. 1704). J. H. Böhmer (introd. in ius digestorum, zuerst 1704), Ger. Noodt (comm. in XXVII libros digestorum, 1716. 1724), O. W. Westenberg (principia iuris sec. ord. Dig., zuerst 1712), R. J. Pothier (pandectae iust. in novum ordinem digestae, zuerst 1748 f.), J. H. Hellfeld (iurispr. forensis sec. pand. ord. proposita, zuerst 1764), Ch. F. Glück (ausführl. Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, 34 Thle. — bis ins 28. Buch der Dig. — 1790 bis 1830, 2. Aufl. 1845), Ch. F. Mühlenbruch (Fortsetzung des Glück'schen Commentars Thl. 35—43 — bis ins 29. Buch — 1832 bis 1843). Weitere Fortsetzung von Ed. Fein: Thl. 44, Abth. 1—3., auch unter dem besonderen Titel: das Recht der Codicille 1851—1853, von C. C. Arndts, in Buch 30—36, und B. W. Leist, Serie der Bücher 37 und 38. Erster Theil 1870. — C. F. v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glück's Erläut. 4 Bde. 1833—1840. R.)

weder die Arbeiten der Schule des 16. Jahrhunderts, namentlich die historische Erläuterung des neuesten Rechts, ganz und gar, oder lassen sie nur auf die Oberfläche einwirken. Man gab sich dem praktischen Bedürfniß hin, das römische Recht als ein heutiges darzustellen, hatte aber nicht die Einsicht oder nicht die Kraft, das Praktische anderswo, als in den theoretischen Corruptionen des römischen Rechts, mit denen man die Praxis identificirte, zu suchen.

Ein weiterer Schritt in der systematischen Behandlung war der Uebergang zu dem Institutionensystem, welches, wenn man sich von den römischen Vorbildern nicht trennen wollte, einer rationellen Ordnung des Stoffs zusagender schien, als die Titelfolge der Digesten, und das man, indem die Aufeinanderfolge der Hauptmaterien von ihm entlehnt wurde, im Einzelnen auf mannigfaltige Weise variiren konnte. Diese Darstellungen hatten vom Anfang die Richtung auf das unmittelbar anwendbare römische Recht, ja man ging darauf aus, nicht blos die Modificationen des römischen Rechts, sondern auch die neueren Rechtsinstitute, die keinen römischen Ursprung haben, darin aufzunehmen [f]). Diese Mischung wurde indessen von den Meisten verworfen, man schied die deutschen Rechtsinstitute aus, und beschränkte sich auf die römischen Rechtssätze und ihre Modificationen durch das neuere gemeine Recht [g]). Eine eigenthümliche Anordnung stellte Hugo (In-

f) Das erste Buch dieser Art ist G. A. Struve's iurisprudentia romano-germanica forensis, zuerst 1670, welches (unter dem Namen des kleinen Struv, im Gegensatz gegen das größere, durch Noten Anderer bis auf drey sehr dicke Quartanten angeschwellte syntagma iuris civilis) bis ans Ende des 18. Jahrhunderts ein gangbares Lehrbuch für einen zweiten Cursus der Pandekten blieb. Einen ähnlichen Charakter haben die Handbücher von G. G. Titius (ius privatum romano-germanicum 1709), J. H. v. Berger (oeconomia iuris ad usum hod. accomm., zuerst 1712) und C. C. Hofacker (principia iuris civilis romano-germanici, 1788 ff., in drey Bänden, von denen nur der erste und die erste Abtheilung des zweiten von Hofacker selbst ist). Neuerdings ist darauf zurückgekommen Roßhirt: Gemeines deutsches Civilrecht. 3 Thle. 1840. 1841 (A. C. J. Schmidt, Handb. des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. Besonderer Theil. Bd. 1. 2. 1847. 1848. Mit Beachtung von Particularrechten, z. B. C. G. (von) Wächter, Handb. des im Königr. Würtemberg geltenden Privatrechts. Bd. 2. 1842—1851 (Allgemeiner Theil). Dazu: Erörterungen aus dem römischen, deutschen und würtemb. Privatrecht. Heft 1—3. 1845. 1846. J. Unger, System des österr. allg. Privatrechts. Bd. 1. 1856. Bd. 2. 1859. 2. Aufl. 1863 ff. 6. Band, Erbrecht 1864. Franz Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. Bd. 1. 1865. Bd. 2. 1866. Bd. 3. 1868. C. G. Bruns, das heutige römische Privatrecht, in v. Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft. 1870. S. 249—372; in encyclopädischer Form: F. Blume, System des in Deutschland geltenden Privatrechts mit Einschluß des Civilprocesses. 1852. R.)

g) In der Mitte zwischen jener und dieser Methode steht Thibaut's System des

stitutionen des heutigen R. R. 1789) auf, die, nachdem er sie selbst wieder verlassen hatte [h]), von Heise (Grundriß eines Systems des gem. Civilrechts, 1807 und öfter) angenommen und näher ausgeführt, mehr und mehr die herrschende ward [i]), und den meisten neueren Lehr- und Handbüchern mehr oder weniger zu Grunde liegt [k]). Heise hat auch das Beispiel, und die veränderte Lehrmethode das Motiv gegeben für eine Reduction der Lehrbücher auf Grundrisse, welche als Text blos die Gegenstände der durchweg der mündlichen Lehre überlassenen Er-

---

Pandektenrechts, zuerst 1803. (9. Aufl. nach des Verfassers Todes besorgt durch Alex. v. Buchholtz. 2 Bde. 1846.) Die Dictate des Verf. zur 7. Aufl. sind 1831 unter dem Namen: Braun, die zur achten (von 1834), mit Umstellung der Materien, 1836 unter dem Namen: Froben, abgedruckt worden. — Umgekehrt haben einige Schriftsteller in Pandektenhandbüchern das reine R. R. zum Gegenstand genommen, so Meister (ius romanum privatum idque purum 1813, bey dem ersten Band stehen geblieben), L. A. Warnkönig (commentarii iuris rom. priv. 1825 ff. in 3 Bänden), Haimberger (ius rom. privatum idque purum 1829 f.)

h) Lehrbuch des heutigen R. R. 2. Ausg. 1798 (7. Aufl. 1826) nach der Institutionenordnung.

i) Nachgeahmt im Ganzen auch von Verfassern solcher Werke, die anfangs in der Institutionenordnung erschienen waren: Thibaut (Note g) seit der 8. Auflage, Mackeldey (Lehrbuch des heutigen R. R., zuerst 1814. 13. Aufl. von J. A. Fritz 1851. 2 Bde. 14. Aufl. von demselben 1862) seit der 7. Aufl. 1827, Mühlenbruch (doctrina pandectarum 1823 in drei Bänden) mit der dritten Ausgabe 1830, und in der deutschen Bearbeitung (Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 4. Aufl. von Madai 1844).

k) Eine reine Ausfüllung des Heise'schen Grundrisses ist v. Wening-Ingenheim's Lehrbuch des gem. Civilr. 1822 ff. in 3 Bänden (5. Aufl. 1837. 1838), wozu dann wieder Fritz einen Commentar gegeben hat 1833—1839. II. 8. Selbstständiger sind: Schweppe, das R. R. in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte (1814, 4. Aufl. auf fünf Bände erweitert, vom dritten Bande an von Meyer bearbeitet, 1828 ff.), diesem sich anschließend J. A. Seuffert, Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts 1825 (4. Aufl. von E. A. Seuffert, erster Band 1860, zweiter Band 1. Abth. 1863. 2. Abth. 1867). (L. Arndts, Lehrb. der Pandekten. 1852. 6. Aufl. 1868. E. Böcking, Institutionen, ein Lehrbuch des röm. Privatrechts. 1843. Zweite Auflage: Pandekten des röm. Privatrechts aus dem Standpunkt unsers heutigen Rechtssystems, oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts, auch unter dem Titel: Einleitung in die Pandekten des gemeinen deutschen Civilrechts. Bd. I. 2. Aufl. 1853. Bd. II. erste Lieferung. 1855. Alois Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Abth. I. 1857. Abth. II. erste Hälfte 1860, zweite Hälfte 1. und 2. Lieferung 1868. 1869. B. Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts. 1862. Bd. 1. 2. dritte Aufl. 1870. Bd. 3, erste Abth. 1869, zweite Abth. 1870. Ferner die größeren Handbücher: Carl Friedr. Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht. 1844—1851. III. 8. 2. Aufl. 1860. 1861. 3. Aufl. 1869. Rud. v. Holzschuher: Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts. Ein Handb. für Praktiker. 1843—1854. III. 8. 3. Aufl. v. Em. Kuntze. 1863. 1864. III. 8. vgl. §. 6 f. R.)

örterung mit Quellen- (und zum Theil literarischen) Nachweisungen enthalten [l]), manche derselben mit einzelnen Excursen [m]).

Wenn sich nun die neuere Zeit von jener ersten Periode der modernen Jurisprudenz durch eine immer größere Entfernung von der exegetischen Methode und der äußeren Anschließung an die Form der römischen Rechtsquellen unterscheidet, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß die geistige Freiheit der Behandlung beträchtliche Fortschritte gemacht hat, daß man den Geist des Rechts und den Buchstaben unterscheidend und jedem seine gebührende Stelle gebend der Aufgabe, die uns gesetzt ist, durch alle jene unermüdliche schriftstellerische Thätigkeit nahe gekommen ist. Bey den meisten Schriftstellern müßte es, wenn es der Fall wäre, ein glücklicher Instinct gewesen sein, denn ein Bewußtseyn der Sache gaben sie wenigstens nicht zu erkennen. Aber das System hat nicht gleichen Schritt mit der Historie des römischen Rechts gehalten, die einen gewaltigen Umschwung gegen die frühere Zeit erfahren hat; man ist über die Schranken des reinen römischen Rechts hinausgegangen, aber nur so, daß man Stoff zu Stoff gehäuft, und eine Ordnung hinzugefügt hat, die weniger von dem Geist der Sache selbst geboren, als darauf angelegt schien, jeden einzelnen Artikel des weitläufigen Magazins, wenn man seiner bedürfte, bequem wiederfinden zu können, so daß man sich hätte wundern mögen, wenn man nicht

---

l) z. B.: E. Gans, System des röm. Civilr. im Grundr. 1827; Blume, Grundriß des Pandektenrechts 1829, 2. Aufl. 1845 (mit Quellenregister. R.); Rudorff, Grundriß zu Vorlesungen über das gem. Civilrecht 1843; Böcking, Pandekten. Ein Lehrb. des gem. auf das röm. Recht gegründeten Civilrechts im Grundrisse. (5. umgearbeit. Aufl. 1861, mit eben so reichen als genauen Quellen- und Literaturangaben. R.) Viele solche Schriften sind gar nicht in den Buchhandel gekommen.

m) (Göschen) Grundriß zu Pandektenvorlesungen 1831; Puchta, System des gemeinen Civilrechts 1832; von Vangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen (Band I. 1839. Band II. 1840 ff. Band III. 1847, Siebente vermehrte und verbesserte Aufl. Bd. I. II. 1863, 1867, Bd. III. 1869), dessen Excurse vorzugsweise die Controversen betreffen. — Eine Art größeren Excurses ist: K. Sell, röm. Lehre der binglichen Rechte oder Sachenrechte. 1. Thl. römische Lehre des Eigenthums nebst Einleitung von den dingl. Rechten oder Sachenrechten überhaupt. 2. Aufl. 1852. — Mündliche Erörterungen über das ganze System pflegen dagegen erst nach dem Tode des Lehrers zu erscheinen, so die Vorlesungen über das gem. Civilrecht von J. F. L. Göschen, aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben von A. Errleben 1838—1840. 2. Aufl. (unverändert) 1843. 3 Bde., über das gegenwärtige Lehrbuch gehaltenen „Vorlesungen über das heut. röm. Recht von G. F. Puchta, aus dessen Nachlaß herausgegeben von Rudorff." 5. vermehrte und verbesserte Aufl. II. 1862. Fr. Ludw. v. Keller, Pandekten. Vorlesungen aus dem Nachlaß des Verf., herausgegeben von E. Friedberg. 1861. (Zweite Aufl. von W. Lewis. 1866. R.)

zu der einfacheren Auskunft griff, die Pandektenhandbücher in alphabetischer Ordnung zu schreiben.

Ein Fortschritt ist wahrzunehmen in Kierulff's Theorie des gemeinen Civilrechts (1. Band 1839), ein bedeutendes Werk, dessen Verfasser, wenn er es fortgesetzt hätte, sicher im Stande war, durch Abstreifung eines gewissen, wenn der Ausdruck erlaubt ist, Cynismus der Paradorie, welcher richtige Gedanken in das Gewand des Extrems zu kleiden liebt, etwas durchweg Vorzügliches zu leisten [n]).

Epoche aber macht als Grundlage für die freiere Entfaltung der Wissenschaft des geltenden römischen Rechts Savigny's System des heutigen R. R., von welchem acht Bände 1840 bis 1849 erschienen sind, und die (allgemeinen) Lehren von den Rechtsquellen, den Personen, von Natur, Entstehung, Untergang der Rechtsverhältnisse, Klagen und Einreden, Litiscontestation, Urtheil, Geständniß und Eid, von der Restitution, von örtlicher und zeitlicher Collision der Rechtsregeln enthalten [o]).

Die Darstellung des römischen Rechts der Gegenwart hat einen überwiegend systematischen Charakter, aber es kann ihr auch ein historisches Element nicht fehlen, und dieß ist die Geschichte des römischen Rechts in der neueren Zeit. Diese ist vorzugsweise eine Geschichte der Wissenschaft, durch welche das heutige römische Recht getragen wird, theils im Ganzen [p]), theils in den einzelnen Lehren und einzelnen Fragen derselben [q]). Namentlich die älteren und neueren Controversen

n) (Die methodische Forderung Kierulff's, das heutige Recht aus seinen Principien zu entwickeln und erst hinterher mit dem römischen zu vergleichen, erneuern und erläutern: Leist, civilist. Studien Heft 1 1854, Heft 2 [s. §. 171 Note b b, §. 277 f. 327 a]; Dankwardt, die neg. gestio. 1855. R.)

o) Ueber die Bedeutung dieses Werkes vgl. Puchta in Richter's und Schneider's Jahrb. 1840 S. 673 ff. (Sachen- und Quellenregister dazu v. O. L. Heuser 1851. — Die speziellen Lehren sollten in besonderen Werken bearbeitet werden, zunächst das Obligationenrecht, von welchem aber nur noch 1851 der erste, 1853 der zweite Band erschienen ist. R.)

p) (Eine innere Geschichte der Wissenschaft seit den Glossatoren fehlt noch immer; C. F. Roßhirt, Dogmengeschichte des Civilrechts 1854, liefert nur Materialien. R.)

q) Das Feld, auf dem sich die Discussion über solche Detailfragen in früherer Zeit vornehmlich bewegte, waren die academischen Gelegenheitsschriften, deren Benutzung den Wenigsten offen steht, aber auch in den wenigsten Fällen einen Gewinn bringt. Doch sind Sammlungen solcher Dissertationen, ausschließliche oder auf andere Schriften sich erstreckende, angelegt, so: Tractatus universi iuris in unum congesti (s. g. tractatus tractatum) Venet. 1854 ff. 23 Fol. Ever. Otto, thesaurus iuris romani 1733—35, 5 Fol. G. Meermann, novus thes. iuris civ. et can. 1751—53, 7 Fol. Supplementum novi thes. etc 1780. G. Oelrichs, thes. diss. iurid. in acad. belgicis habitarum 1768 ff. 2 Bde. zu 3 Theilen. Novus thes.

sind stets unter die Aufgaben des Vortrags der Pandekten gerechnet worden, versteht sich in einer Auswahl, bei welcher vor allem die praktische Wichtigkeit den Maßstab zu geben hat, nebenbey auch das doctrinelle Interesse einen Einfluß haben mag, zuletzt aber freilich

etc. 1771 ff. 3 Bde. zu 2 Theilen. (M. A. Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen aus dem Gebiete des gem. Civilr. und Civilprozesses. 5 Bde. 1835 ff. Rechtslexicon für Juristen aller deutschen Staaten, bearbeitet von Arndts, Beck u. A., redigirt von Weiske. 1839—1861. 15 Bde. Repertorium dazu 1862. R.) — Heutigen Tages hat sich diese Discussion auf die Zeitschriften geworfen, deren es eine beträchtliche Zahl giebt, und die gewöhnlich einen Kampfplatz ohne Schranken abgeben, da die wenigsten Herausgeber eine Verantwortlichkeit für einen gewissen Werth des von ihnen dem Publicum Dargebotenen übernehmen, andere dagegen die Rolle von bloßen Colporteuren für angemessener zu halten scheinen, als die von wahren Redaktoren. Solche Zeitschriften sind: Civilistisches Magazin von Hugo 1791 bis 1837, 6 Bde. — Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von C. v. Grolman u. Eg. v. Löhr 1800—1844. 4 Bde. — Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn und Göschen (später Klenze, Rudorff) 1815 ff. Bd. 1—15. — Archiv für civilistische Praxis von J. C. Gensler, J. C. A. Mittermaier und C. W. Schweizer (denen später zum Theil beigesellt worden, zum Theil nachgefolgt sind: v. Löhr, Thibaut, Linde, Mühlenbruch, Wächter, Franke, v. Vangerow, Renaud, Anschütz, Fitting) 1814—1869, Bd. 1—52. — Rheinisches Museum für Jurisprudenz von Hasse (dem theils beigesellt wurden, theils nachfolgten: Blume, Puchta, Puggé, Bethmann-Hollweg, Böcking, Unterholzner) 1827—35, 7 Bde. — Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft von C. F. Elvers 1827—30, 2 Bde. Neue Folge 1838 ff. — Zeitschrift für Civilrecht und Civilproceß von J. T. B. Linde, Th. Marezoll und J. N. v. Wening-Ingenheim (nachher A. W. v. Schröter) Gießen 1827 ff. Bd. 1—20. Neue Folge Bd. 1—22, von Bd. 16 an herausgegeben von Linde und Schulte. 1845—1863. — Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht von C. F. Roßhirt (dann Roßhirt und Warnkönig, zuletzt Roßhirt allein) 1831 ff. Bd. 1—6. — Jahrbücher für histor. und dogmat. Bearbeitung des R. R. von K. und W. Sell. 1841. 3 Bde. 1—4. (Archiv für pract. Rechtswissenschaft von Elvers, Schäffer, Seitz und Hoffmann (dann Elvers, Emminghaus, Martin, Jhering) 1. Bd. 1852. 2—10. Bd. 1854—1863. Neue Folge Bd. 1—6. 1864—1869. — Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, herausgeg. von E. J. Bekker und Th. Muther (dann Stobbe). 1857—1863. 6 Bde. — Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. und deutschen Privatrechts, herausgegeben von C. F. v. Gerber und R. Jhering, mit Bd. 10 von Jhering und Unger, 1857—1869. 10 Bde. — Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Rudorff, Bruns, Merkel und Böhlau. 1861—1870. 10 Bde. — Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt. 1858—1870. 15 Bde. — Kritische Jahrbücher für deutsche R. W. von Richter und Schneider. 1837—1848. 24 Bde. — Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von Schletter. 1854—1870. 13 Bde. — (Heidelberger) kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft von Brinkmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen, Pagenstecher, Hillebrand, Stintzing. 1852—1859. 5 Bde. — Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft von Arndts, Bluntschli und Pözl. München 1853—1859. 6 Bde. Beide verbunden in der kritischen Vierteljahrschrift für Gesetz-

das Meiste von dem individuellen Geschmack des Wählenden abhängen wird [r]).

(Ein nicht minder wichtiges Element ist die erste praktische Anleitung zum Richterberuf durch Entscheidung von Rechtsfällen [s]), es sey in oder ohne Verbindung mit der Exegese [t]). R.)

gebung und Rechtswissenschaft von Pözl (Bekker, Windscheid), 1859—1870. 12 Bde. R.)

r) Man hat schon im Mittelalter Controversensammlungen veranstaltet, herausgegeben von G. Hänel: Dissensiones dominorum etc. 1834. Neuere sind Lüder, Mencke, gymnasium polemicum iuris etc. 1689 ff. Sam. de Cocceii, ius civile controversum 1713 und öfter. A. F. Rivinus, systema iurisprudentiae polemicae sec. ord. pand. 1753. C. F. Walch, introductio in controversias iuris civ. inter recentiores ICtos agitatas 1771 und öfter. Für die neueste Zeit hat Vangerow seinem Leitfaden (Note m) und R. v. Holzschuher seiner Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts (§. 9a Note k) eine solche Sammlung einverleibt. (Eine alphabetische Controversensammlung enthält Mathiä, Controversen-Lexicon des röm. Civilrechts. 2 Bde. 1856—1859).

s) (In näherer Beziehung zu dem vorliegenden Werk stehen folgende Sammlungen: Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. Zu academischen Zwecken herausgegeben von R. Ihering. Erstes Heft, enthaltend 100 Rechtsfälle vom Verfasser und 36 vom verstorbenen G. F. Puchta 1847. Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten. Für den academischen Gebrauch zusammengestellt und bearbeitet v. W. Girtanner 1852. 3. Aufl. 1857. R.)

t) (Vollständigere Angaben über die neueste Literatur finden sich u. a. in C. A. Walther, Handlex. der jur. Literatur des 19. Jahrh. Erste Hälfte. 1854. R.)

Erstes Buch.

Von den Rechtsvorschriften.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsquellen.

Entstehung des Rechts[a]).

§. 10.

Das Recht ist eine gemeinsame Ueberzeugung der in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden. Die Entstehung eines Rechtssatzes ist daher die Entstehung einer gemeinsamen Ueberzeugung, welche die Kraft in sich trägt, das, was sie als Recht erkennt, zur wirklichen Ausführung zu bringen. Diese Kraft hat der Wille einer Nation, sofern er zugleich Anstalten hervorbringt, die das dem Recht Gemäße gegen den seiner Anerkennung sich Weigernden durchsetzen. Das Subject der rechtlichen Ueberzeugung ist die Nation oder ein in der gesammten Nation als

a) (Ueber den hier fehlenden Begriff des Rechts vgl. jetzt Trendelenburg. Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. 2. Aufl. 1868 §. 46 S. 83: „das Recht ist der Inbegriff derjenigen allgemeinen (es hätte nur hinzugesetzt werden sollen: erzwingbaren) Bestimmungen des Handelns, durch welche es geschieht, daß das sittliche Ganze und seine Gliederung sich erhalten und weiter bilden kann.“ Dieser gesunde sittliche Gehalt und Zweck des Rechts ist der Normalzustand. Daß er durch willkürliche Gesetze und üble Gewohnheiten gestört werden kann, liegt in dem Wesen des positiven Rechts; allein um die Gesetze des Lebens zu finden, darf man nicht von der Krankheit ausgehen; selbst die Kammergerichtsordnung von 1495 verlangte „gute ehrbare und löbliche Gewohnheiten“. — Ebenso hat die historische Rechtsschule unter dem Volk nie die Individuen, sondern stets die Nation, das über den wechselnden Individuen stehende ideale Naturganze, verstanden. Dadurch erledigen sich die Einwürfe, welche neuerdings von Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I. S. 257—261 §. 5—7 gegen Savigny's und Puchta's Auffassung erhoben worden sind. R.)

Glied derselben enthaltenes engeres nationelles Ganzes; nicht immer aber ist die Hervorbringung des Rechts eine unmittelbare Thätigkeit des Volks, das Volk kann in dieser Function auch durch eine auf seinen Willen zurückführende Vertretung thätig werden. So geschieht es, daß wir drey Wege der Rechtsentstehung, drey Rechtsquellen zu unterscheiden haben: unmittelbare Volksüberzeugung, Gesetzgebung, Wissenschaft, welchen die Eintheilung des Rechts in Gewohnheitsrecht, gesetzliches Recht, Recht der Wissenschaft entspricht.

Gewohnheitsrecht[a]).

§. 11.

Gewohnheitsrecht ist das in dem Bewußtseyn des Volks unmittelbar entstandene und in seiner Sitte (Uebung, Gewohnheit) erscheinende Recht. Der Grund seiner Existenz liegt in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Volksüberzeugung, die Uebung bringt es zur Anschauung[b]). Gewohnheit, Herkommen, usus, consuetudo, ist nicht die Quelle des Gewohnheitsrechts, sondern nur die äußere Gestalt, in der es sich verkörpert[c]). Kein Gewohnheitsrecht besteht ohne diesen Körper, aber er

---

a) Dig. I 3: de legib. senatusquecons. et longa consuetudine. Cod. VIII 53: quae sit longa consuetudo. Puchta, das Gewohnheitsrecht 2 Thle. 1828. 1837. Savigny, System des heut. R. R. I. §. 12. 18. 25. 27 ff. (Vgl. auch Blume, Encyclopädie 1847 S. 33 ff. R.)

b) L. 32 §. 1 L. 35. 36. 40 D. h. t. (1, 3). (Die alte Lehre, welche den Grund in der stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers und andern äußern Thatsachen zu finden glaubte, wird noch jetzt, aber mit ungenügenden Gründen vertheidigt von E. Meyer, die Rechtsbildung in Staat und Kirche (1861); vgl. dagegen Regelsberger, Kr. V. J. Schrift, IV. S. 32. Windscheid II. 15 Note 1. R.)

c) Die alte Lehre, daß Gewohnheitsrecht das Recht sey, das durch Gewohnheit entstehe, und die somit das Innerliche dem Aeußerlichen unterordnet, wird gegen das oben aufgestellte Princip wenigstens halb und halb noch festgehalten von Unterholzner, Recension von Puchta's G. R., tüb. krit. Zeitschr. V. S. 372 ff., Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. R. §. 38 (dessen Hauptgrund der ist, daß dieß doch die Meinung so vieler gründlicher und scharfsinniger Juristen gewesen sey), Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. S. 9. Ueber die Verwechselung, durch welche diese Meinung veranlaßt ist, s. Puchta, Cursus der Instit. I. §. 13 Note a. (Dennoch geht der Verf. in dieser Behauptung zu weit. Ohne die Gewohnheit fehlte der Ueberzeugung die Recht setzende Thatsache, sie würde einem noch nicht publizirten Gesetz vergleichbar sein, und schon in der Befestigung und Reife, welche für die Gewohnheit gefordert werden muß, damit sie einer Rechtsetzung gleich gelten könne, ist zugleich ihre Einwirkung auf die Entstehung mit enthalten. Nur ohne vorhergehende und nach erloschener Ueberzeugung würde die Gewohnheit regelmäßig kein Recht erzeugen können, sondern vielmehr bewußtes Unrecht enthalten. Vgl. Beseler, deutsches Privatr. §. 33 S. 91—93, Blume, Encyclopädie. 3. Aufl. 1863. S. 39 f. Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie I. S. 260. 261. Windscheid §. 15 Note 2 und die dort Angeführten. R.)

ist ihm im allgemeinen so wenig eigenthümlich, daß auch anderes Recht in ihm sich darstellen kann, das dadurch keineswegs Gewohnheitsrecht in unserem Sinn wird [d]), ja sogar für Gerechtsame läßt sich etwas ähnliches denken, welches auch wirklich in unserer Rechtssprache ebenfalls consuetudo, Herkommen genannt wird [e]). Der Grund aber, auf welchem die Gültigkeit der rechtlichen Volksüberzeugung selbst und damit das Gewohnheitsrecht beruht (sey es ein gemeines, in der Ueberzeugung des Volks als Ganzen, oder ein particuläres, in der einer Abtheilung der Nation gegründetes), ist weder die Genehmigung des Gesetzgebers, noch irgend ein anderer außerhalb der Sache liegender [f]), sondern der, daß das Recht selbst etwas nationelles ist, und ohne seine unmittelbare Entstehung aus dem Bewußtseyn des Volks auch die vermittelte durch die übrigen Rechtsquellen nicht denkbar wäre [g]).

§. 12.

Gewohnheitsrecht ist vorhanden, wenn ein Satz in der Ueberzeugung des Volks als Rechtssatz besteht. Dazu gehört nicht, daß alle Einzelnen sich desselben bewußt sind (die Ueberzeugung der Gesammtheit ist nicht nothwendig eine actuelle Ueberzeugung Aller), es giebt Rechtssätze, die ihrer Natur und ihrem Gegenstand nach nur in gewissen Kreisen der Volksglieder hervortreten, und auch für Rechtssätze allgemeinerer Anwendung wird das lebendige Bewußtseyn von dem Grad der Einsicht, von Lebensart und Beruf der Einzelnen abhängen.



d) So kann namentlich ein autonomisches Recht in der Gewohnheit hervortreten, d. h. ein von Corporationen und Behörden, denen keine gesetzgebende Gewalt zukommt, ausgehendes Recht, welches, wenn es auf ausdrücklicher Festsetzung beruht, Statut, wenn auf stillschweigender Uebereinkunft, Observanz genannt wird. Puchta, G. R. II. S. 105 ff. (Die Existenz einer solchen Rechtsquelle läugnet Gerber, Archiv f. civ. Praxis XXXVII. [1854] 2 und Jahrbuch für Dogmatik III. Nr. 6 (1859), s. aber die Bundesacte Art. 14, worin die Autonomie des hohen Adels in Betreff der Vermögens- und Familienrechte nach den Grundsätzen der frühern deutschen Verfassung garantirt ist. R.)

e) L. 13 §. 1 D. comm. praed. (8, 4), L. 1 §. ult. D. de aqua pluv. (93, 3), L. 1 C. de servit. (3, 34). Puchta, G. R. II. S. 114 ff.

f) Einen solchen äußeren Grund zu suchen, darin bestand der zweite (mit dem ersten in Note c erwähnten sehr eng zusammenhängende) Irrthum, der die früheren Auffassungen dieser Lehre getrübt und mannigfache weitere Irrthümer veranlaßt hat.

g) Wenn einige neuere Gesetzgebungen das Gewohnheitsrecht ganz oder theilweise außer Kraft erklärt haben, so hat dieß keinen anderen Sinn, als daß die consuetudo nicht mehr als Erkenntnißmittel des Rechts gelten soll, was dann besonders das particuläre Gewohnheitsrecht trifft, und, sofern das Gesetz streng durchgeführt wird, seiner Wirkung auf den Richter beraubt. Der Einfluß der Volksüberzeugung überhaupt auf den Richter läßt sich nicht verbieten, sondern nur erschweren und regellos machen.

Die Quellen, aus denen der Richter die Kenntniß des Gewohnheitsrechts zu schöpfen, also die Gewißheit von einer vorhandenen Volksüberzeugung zu gewinnen hat, sind folgende.

Das erste Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts ist die wirkliche Uebung und Gewohnheit selbst, als die natürliche Begleiterin jenes Rechts. Diese muß von der Beschaffenheit seyn, daß sich daraus ein sicherer Schluß auf die Existenz einer ihr zu Grunde liegenden rechtlichen Volksüberzeugung machen läßt[h]). Sie muß daher 1) Uebung eines Rechtssatzes seyn, die Personen, deren Handlungen als Uebungsfälle gelten sollen, müssen von einer rechtlichen Ueberzeugung (der s.g. opinio necessitatis) geleitet worden seyn[i]); 2) eine constant und gleichförmig wiederholte Uebung, wie sie eben in dem Begriff einer Gewohnheit liegt, und damit ist zugleich die Voraussetzung einer längeren Zeit (longa, diuturna consuetudo) gegeben, die sich besonders in dem Wort Herkommen ausspricht[k]), nur aus einer solchen Uebung wird sich jener Schluß ziehen lassen. Die Uebung kann übrigens aus außergerichtlichen und aus gerichtlichen Handlungen bestehen, zu den letzteren gehören namentlich richterliche Urtheile, in denen der fragliche Satz als Rechtssatz angewendet worden ist. Diese gerichtliche Uebung heißt Gerichtsgebrauch, Praxis, rerum iudicatarum auctoritas.

---

h) Die frühere Lehre von den Erfordernissen der Gewohnheit litt an dem Grundfehler, daß man sie als Erfordernisse für die Entstehung des Gewohnheitsrechts (Note c) auffaßte, und durch dieses falsche Princip alles von vorn herein in ein schiefes Licht stellte.

i) Das Erforderniß der Oeffentlichkeit oder Offenkundigkeit (actus publici) hat man aufgestellt, weil man die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers für nothwendig hielt, dem also durch die öffentliche Vornahme die Möglichkeit der Mißbilligung gegeben werden müsse, oder damit aus dem Stillschweigen der anderen Bürger auf ihre Zustimmung geschlossen werden könne, und was dergleichen von der wahren Natur des G. R. sich möglichst weit entfernende Vorstellungen mehr waren. Die „Offenheit“, welche Mühlenbruch, Lehrbuch §. 38 neuerdings daraus gemacht hat, besitzt schwerlich einen besseren Sinn.

k) L. 33. 35. 37. 38 D. de legib. (1, 3), L. 3 §. 6 D. de testib. (22, 5), L. 1. 3 C. quae sit l. c. (8, 53). — Man pflegt die Wiederholung (actus plures) und die Länge der Zeit zum Nachtheil der richtigen Beurtheilung in zwey abgesonderte Erfordernisse auseinander zu legen. Die älteren Juristen suchten sie möglichst zu fixiren, so die Mehrheit der Handlungen auf zwey oder drey, und die Zeit auf die Verjährungszeiten (meistens nach dem „longum“ tempus auf zehn Jahre), eine Lehre, die auch in das canonische Recht überging cap. ult. de consuet. (1, 4), cap. 3 eod. in VI. Jetzt hat man diese verkehrte Ansicht längst aufgegeben, und sowohl Zahl der Fälle als Länge der Zeit dem Ermessen des Richters überlassen. Der letzte Schritt zur Wahrheit wird seyn, die innere Verbindung beider Momente anzuerkennen.

Ein zweites Erkenntnißmittel, das am sichersten mit dem ersten zu verbinden seyn wird, ist die Vernehmung glaubwürdiger und sachverständiger Personen über die Existenz des Gewohnheitsrechts selbst[l]), und als ein solches unverwerfliches Zeugniß soll ein früheres richterliches Urtheil gelten, wenn es in Folge einer Untersuchung ein bestrittenes Gewohnheitsrecht anerkannt hat[m]).

Endlich sind auch glaubwürdige Aufzeichnungen, ferner Rechtsparömien, die im Mund des Volks leben, eine Erkenntnißquelle.

§. 13.

Alle diese Zeugnisse sind nichts als dieses, auch die Gewohnheit hat nur diese Autorität, sie würde daher ohne Bedeutung seyn, wenn die Nichtexistenz des Rechtssatzes, den sie darthun soll, aus anderen Gründen entschieden wäre[n]). Dieß ist der Fall, wenn er unmöglich ist, entweder weil er den guten Sitten, oder weil er einem höheren Rechtssatz, den er nicht aufzuheben vermag, widersprechen würde[o]). Die Ansicht aber, daß das G. R. gegen Gesetze irgendwie zurückstehe, daß Gesetze nicht dadurch aufgehoben werden können, oder wenigstens nicht in allen Fällen, wo ein gesetzliches Recht diese Kraft hätte, ist in allen Gestalten, die man ihr gegeben hat, unrichtig[p]). Keine dieser

l) Nov. 106, v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. I. 61. Puchta, G. R. II. S. 133—146. Savigny, System I. S. 183 ff.

m) L. 34 D. de legib. (1, 3): — contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata — Puchta, G. R. II. S. 129 ff.

n) Die rechtliche Ueberzeugung wäre eine irrige, und dieß würde die fraglichen Acte ungeschickt machen, unter den Zeugnissen für das G. R. zu zählen. L. 39 D. de legib. (1, 3): Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. — Betrifft der Irrthum blos die Zurückführung des Rechtssatzes auf das geschriebene Recht, so ist er indifferent; so hat man früher viele Gewohnheitsrechtssätze schon im römischen Recht durch eine falsche Interpretation nachweisen wollen, und als römische gelten lassen, dieß hindert ihre Existenz als Gewohnheitsrechtssätze keineswegs.

o) Dieß sagt L. 2 C. quae sit l. c. (8, 53): Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem (Constantin.). S. z. B. §. 17.

p) Dieß ist enthalten in L. 32 D. de legib. (1, 3): De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. §. 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime

beiden Rechtsquellen, unmittelbare Volksüberzeugung und Gesetzgebung, ist als solche in ihrer Kraft gegen die andere zurückgesetzt; wenn ein Gewohnheitsrechtssatz einem gesetzlichen weichen muß, so ist der Grund davon nie seine Eigenschaft als Gewohnheitsrecht.

Gesetzliches Recht*).

§. 14.

Gesetzliches (promulgirtes) Recht ist das auf dem verfassungsmäßig ausgesprochenen (promulgirten) und bekannt gemachten (publicirten) Willen der gesetzgebenden Gewalt beruhende. Die Ausflüsse der Gesetzgebung sind theils Rechtssätze, also Regeln, nach denen eine (umfassendere oder beschränktere) Classe von Fällen, so oft sie während der Dauer des Gesetzes vorkommen, beurtheilt werden soll, leges generales, theils Bestimmungen für einzelne Personen und Fälle, über die ihre Anwendung nicht hinausgeht, personales constitutiones[b]). Blos die ersteren sind eigentliche Gesetze.

§. 14a.

Nach der römischen Verfassung erhielten die Gesetze der Kaiser die Form von edicta, leges edictales, indem sie an das Volk, oder den Senat, oder an einen höchsten Beamten (der sie dann weiter zu publiciren hatte) gerichtet und publicirt wurden, ohne die Entscheidung eines

---

etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. §. 11 I. de jure nat. (1, 2), Nov. 89 c. 15 u. a. Das Gegentheil enthält auch nicht die Note o abgedruckte Stelle. — Bey weitem die Wenigsten von denen, welche das G. R. zurücksetzen, haben jedes G. R. gegenüber den Gesetzen verworfen, die Meisten unterschieden verschiedene Arten von Gewohnheiten, oder verschiedene Arten von Gesetzen. Vgl. darüber (soviel die Ansichten der Glossatoren betrifft, die collectio codicis Chisiani §. 46 bei Haenel, dissensiones dominorum (1834) pag. 151 und Hugolini distinctio CXLVIII daselbst pag. 585. R.) Puchta, Gewohnheitsr. II. S. 203 ff. (So auch Busch, Archiv für die civ. Praxis XXVII. 5, dessen vermeintlich neuer Vereinigungsversuch schon in der Glosse und von Baldus gemacht ist: s. Puchta a. a. O. S. 212, Note 23. Guyet, Archiv für civ. Pr. [1852] XXXV. 2 S. 27, der das Rescript Note o, weil es an einen Provinzialstatthalter gerichtet sey, auf locale Gewohnheiten beschränkt. R.)

a) Dig. I. 3. 4, Cod. I. 14—16. 19—23. Vgl. Puchta, Cursus der Institut. §. 110—112. 131.

b) L. 1 §. 2 D. de const. princ. (1, 4): Plane ex his quaedam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur. Nam quod princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. S. unten §. 31.

bestimmten Falls zur Veranlassung und Absicht zu haben[c]), oder die Form von rescripta oder epistolae (eine besonders solenne Art derselben hieß pragmatica sanctio), die auf eine specielle Anfrage oder Bitte an Beamten oder andere Personen erlassen wurden, und stets zugleich auf einen bestimmten einzelnen Fall sich bezogen, am häufigsten so, daß von dem Kaiser die Entscheidung für einen Rechtsstreit durch Bericht oder Supplik erbeten wurde; endlich wurden auch die decreta, Urtheile des Kaisers in höchster Instanz, zu den Gesetzen gerechnet. Die edicta galten stets als leges generales, nicht so die rescripta und decreta, die Anwendung eines Rescripts auf andere gleiche Fälle wurde verboten, wenn nicht der Kaiser selbst sie vorschreibt (eine solche Vorschrift liegt namentlich in der Aufnahme derselben in eine Gesetzsammlung, wie denn z. B. der justinianische Codex zum großen Theil aus Rescripten besteht), sie sollen also außerdem sämmtlich als constitutiones personales behandelt werden; die allgemeine Anwendbarkeit von Decreten hat Justinian wieder eingeführt, so daß diese also zu den leges generales gerechnet werden sollen.

Ueber Rescripte, als eine nach damaliger Rechtsverfassung sehr wichtige Art von Verordnungen, enthält die justinianische Gesetzgebung eine beträchtliche Zahl theils formeller, theils materieller Vorschriften; die letzteren, da man häufig eine wenigstens analoge Anwendung davon gemacht hat, sollen hier zusammengestellt werden:

1) Widerrechtliche und das öffentliche Wohl verletzende Rescripte sind als nicht gegeben zu betrachten[d]).

2) Rescripte, welche eine Anweisung für das Verfahren des Richters in einem Rechtsstreit enthalten (s. g. rescripta iustitiae), fordern zu ihrer Wirksamkeit die Insinuation an den Richter, und datiren sie erst von dieser Zeit an, Verleihungen dagegen (s. g. rescripta gratiae) sind regelmäßig von dem Datum des Rescripts an wirksam. Doch kann auch bey diesen die Wirksamkeit dadurch hinausgeschoben werden, daß sie ihrer besonderen Beschaffenheit nach einen weiteren Act voraussetzt. So beginnt z. B. die Verjährung der in integrum restitutio als Wirkung der venia aetatis erst von der Zeit, wo der Minderjährige in Folge dieser Volljährigkeitserklärung die Verwaltung seines Vermögens wirklich erhalten hat[e]).

---

c) Am nächsten kamen diesen die mandata, Instructionen an Beamte für den ganzen Umfang oder einzelne Zweige ihrer Amtsführung.

d) L. 7 C. de prec. imp. off. (1, 19), L. 6 C. si contra ius (1, 22).

e) L. 5 C. de temp. in int. rest. (2, 53), cap. 7 X. de rescript. (1, 3), cap. 9 eod. in VI., cap. 59 X. de appell. (2, 28).



3) Wenn durch das Rescript ein Rechtsfall entschieden wird, so geschieht dieß auf das einseitige Vorbringen des Impetranten, der Impetrat ist nicht gehört, die Wahrheit der Thatsachen nicht untersucht. Es ist daher unter der sich von selbst verstehenden Voraussetzung ertheilt: si preces veritate nitantur[f]). Der Impetrat kann mithin auf Untersuchung der Thatsachen antragen, dieß geschieht durch die Einrede der unrichtigen Darstellung derselben von Seiten des Impetranten: praescriptio mendacii, und der Richter hat ihr Raum zu geben, auch wenn ihm das Rescript unverweilte Execution auftrüge[g]). Wird die Einrede gegründet befunden, so verliert der Impetrant jeden Vortheil aus dem Rescript[h]). Die Unwahrheit ist aber auf doppelte Art möglich: durch Angabe falscher Thatsachen (subreptio) und durch Unterdrückung wahrer (obreptio). Unsere Juristen streiten nun über die Beweislast bey der praescriptio mendacii, und es finden sich darüber zwey Hauptmeinungen: 1) der Beweis liege stets dem Impetraten ob, weil er der Excipient sey[i]); 2) der Impetrat habe die exceptio obreptionis, nicht aber die exceptio subreptionis zu beweisen[k]). Die richtige Ansicht ist: in Beziehung auf die Thatsachen, von denen die Entscheidung des Streits abhängt, bestimmt sich das onus probandi wie sonst, das Rescript ändert hierin nichts, weil es eben jene stillschweigende Bedingung enthält. Was der Impetrant bey dem Anbringen der Sache auf dem gewöhnlichen Weg hätte beweisen müssen, das muß er auch jetzt beweisen[l]).

§. 15.

Das gesetzliche Recht ist im vorzüglichen Sinn ein geschriebenes, indem die Schrift ein Erforderniß seiner Entstehung ist. Daher sind Urkunden seine vornehmste Erkenntnißquelle, obwohl nicht die einzige, da möglicherweise auch die Uebung von seiner Existenz zeugen kann, wie es auf der anderen Seite auch geschriebenes (aufgezeichnetes) Recht giebt, welches kein gesetzliches ist[m]), daher denn auch die folgenden

f) L. 7 C. de divers. rescr. (1, 23).

g) L. 2—4 C. si contra ius (1, 22), cap. 20 X. de rescript. (1, 3).

h) L. 5 C. si contra ius (1, 22).

i) S. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 35. Man beruft sich auf L. 2 C. de dilat. (3, 11), wo aber von dem onus probandi gar nicht die Rede ist.

k) S. z. B. Böhmer, ius eccl. prot. L. 3, 11.

l) S. auch Thibaut, Archiv für civil. Pr. XVII. 6. Diese Entscheidung läßt auch der J. R. A. §. 80 offen.

m) So gehörten z. B. die edicta praetorum zum ius scriptum, ohne Gesetze zu seyn. Das römische Recht ferner, wie es das Corpus Juris enthält, ist allerdings ein von Justinian promulgirtes, also für sein Reich ein gesetzliches Recht, nicht für

Grundsätze theilweise, soweit sie sich nämlich auf den Gebrauch der Urkunden für die Rechtskenntniß beziehen, nicht für das gesetzliche Recht ausschließlich, sondern auch für andere aufgezeichnete Rechtssätze gelten. Die Erkenntniß des gesetzlichen Rechts ist gerichtet

1) auf die Existenz des Gesetzes, welche a) von der Aechtheit der Urkunde theils im Ganzen, theils in ihren einzelnen Theilen (Sätzen, Worten) abhängt, deren Untersuchung (Kritik) entschieden zu den Aufgaben des Richters mitgehört [n]), b) von der verfassungsmäßigen Promulgation und Publication des Gesetzes, worüber dem Richter nicht ohne Inconsequenz und unbegründete Schmälerung seines Berufs das Urtheil (versteht sich, in seiner Sphäre und mit Beschränkung der Wirksamkeit seiner Entscheidung auf den einzelnen ihm vorliegenden Proceß) entzogen werden könnte [o]);

2) auf den Sinn des Gesetzes. Die auf dessen Ermittelung gerichtete Thätigkeit heißt Auslegung, Interpretation im heutigen Sinn des Wortes [p]). Daß diese Thätigkeit zu dem Beruf des Richters gehört, kann nicht bezweifelt werden, und ihre Grundlagen sind theils die Sprachregeln (s. g. grammatische Interpretation), theils die Schlüsse, die aus der juristischen und historischen Umgebung des Gesetzes auf

---

Deutschland, wo es nicht durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt, sondern durch Volksüberzeugung recipirt worden ist.

n) Savigny, System I. §. 38. 39.

o) Viele wollen dem Richter zwar eine Untersuchung über das Erforderniß der Publication zulassen (was denn freilich eine augenscheinliche Nothwendigkeit ist), nicht aber über Gesetzmäßigkeit der Entstehung des Gesetzes, s. unter anderen Linde: „in Monarchien mit landständ. Verfassung sind die Gerichte nicht befugt, die Gültigkeit der von d. Monarchen ohne Mitwirkung der Landstände erlassenen Gesetze einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen," Archiv für civ. Pr. XVI. 13. Man spricht häufig so davon, als ob der Richter eine allgemeingültige Entscheidung über die Existenz des Gesetzes gebe, was, wie im Text bemerkt wird, nicht der Fall ist. Vgl. auch Wächter, Archiv für civ. Pr. XXIV. S. 238 Note 12. (v. Stockmar: „Ist der deutsche Richter an allgemeine landesherrliche Constitutionen gebunden, welche ohne die nach Vorschrift der Verfassung einzuholende ständische Zustimmung erlassen sind?", Zeitschrift für Civilr. und Proceß X. 2 [1852], eine Arbeit, welche die Untersuchung nicht blos durch eine richtigere Fragestellung, sondern auch durch Geltendmachung des staatsrechtlichen Gesichtspuncts wesentlich gefördert hat. In den neueren Verfassungen ist übrigens regelmäßig die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig publicirter landesherrlicher Verordnungen dem Richter entzogen und den Kammern vorbehalten. Vgl. Preuß. Verf. vom 31. Januar 1850 Art. 106. R.)

p) Die Thätigkeit hat eine receptive Richtung, sie geht rein auf Gewinnung des Rechtssatzes, welchen der Gesetzgeber in dem Gesetz hat niederlegen wollen; die interpretatio im Sinn der Römer dagegen ist das Verhältniß der Wissenschaft zu dem gegebenen Recht überhaupt, welches nicht blos ein receptives, sondern auch ein productives (durch Ergänzung, Erweiterung, Modificirung §. 18) ist.



seinen Inhalt zu machen sind (s. g. logische Interpretation). Allerdings aber kann diese lediglich von wissenschaftlichen Grundsätzen abhängige (s. g. doctrinelle) Interpretation für den Richter ausgeschlossen seyn dadurch, daß der Sinn eines früheren Gesetzes durch die äußere Autorität eines neuen Rechtssatzes festgestellt ist, welcher der Richter zu folgen hat, auch wenn der so festgestellte Sinn wissenschaftlich nicht sich rechtfertigen ließe; dieß kann geschehen durch ein Gesetz, das einem früheren einen gewissen Sinn unterzulegen gebietet (s. g. authentische Interpretation), oder durch ein Gewohnheitsrecht (s. g. Usualinterpretation) [q]), in beiden Fällen (die man unter dem Namen der Legalinterpretation gegenüber der doctrinellen zusammenzufassen pflegt) ist ein neuer Rechtssatz entstanden, der nur in die Beziehung zu einem früheren Gesetz gestellt ist, daß er so behandelt werden soll, als wäre er schon durch dieses gegeben [r]).

Recht der Wissenschaft [a]).

§. 16.

Die Thätigkeit der Wissenschaft ist theils eine receptive, Erkenntniß des durch die übrigen Rechtsquellen gegebenen Rechts, darauf bezieht sich Kritik und Interpretation, die im vorigen § zunächst für das gesetzliche Recht erwähnt worden sind, aber ihre Anwendung auch auf die Erkenntniß des Gewohnheitsrechts finden, theils eine productive, wodurch die Wissenschaft selbst in die Reihe der Rechtsquellen eintritt.

q) L. 37 D. de legib. (1, 3): Si de interpretatione legis quaeratur, inprimis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset, optima enim est legum interpres consuetudo. Daß nicht jede herkömmliche Interpretation Usualinterpretation ist, ergiebt sich aus dem Begriff des Gewohnheitsrechts.

r) Die Grundsätze, die bey der juristischen Kritik und (doctrinellen) Interpretation leiten müssen, lassen sich zu einer besonderen Theorie gestalten, die man juristische Hermeneutik genannt hat. Das ist vielfach, im allgemeinen nicht mit Glück, versucht worden, dadurch sind diese Darstellungen in Mißcredit gekommen. (Auch der neueste Vorschlag von F. C. Schmidt, Methode der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher 1855: ausschließlich die Titel zu beachten, in welche die Compilatoren die Stellen gebracht haben, würde uns nur der wichtigen duplex interpretatio berauben. Vgl. Arndts, in der Krit. Ueberschau III. S. 485 f. Stintzing, in der Heidelb. Krit. Zeitschrift III. S. 56 f. R.) Eine alle bisherigen weit hinter sich lassende Theorie der Auslegung hat Savigny gegeben, System des heut. R. R. I. §. 32–51. (Vgl. jedoch noch: Lang, Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts 1857. R.)

a) Puchta, Gewohnheitsr. I. S. 161 ff. II. S. 14 ff., Cursus der Instit. I. §15. 18. Zum Theil abweichend Savigny, System I. §. 14. 19. 20. (v. Scheurl, Beiträge 1852. No. 4. Böcking, Pand. §. 11. Keller, Pand. §. 1. Bruns, in v. Holtzendorff's Encyclopädie I. S. 258, welche ein besonderes Recht der Wissenschaft als dritte coordinirte Rechtsquelle verwerfen. R.)

Das auf der äußeren Autorität der unmittelbaren Volksüberzeugung und der gesetzgebenden Gewalt beruhende Recht wird durch die wissenschaftliche Thätigkeit auf seine Principien zurückgeführt, und als ein System, ein Ganzes von gegenseitig sich voraussetzenden und bedingenden Sätzen begriffen. Auch das vollständigste Gewohnheits- und gesetzliche Recht aber wird sich gegenüber der unendlichen Mannigfaltigkeit stets neu sich erzeugender Rechtsverhältnisse unvollständig erweisen, diese Lücken zeigt zugleich das System auf, und füllt sie aus. In vielen Fällen wird sich der Richter von der actuellen Volksüberzeugung und Gesetzgebung verlassen finden, hier tritt die Wissenschaft als ergänzende Rechtsquelle ein, indem sie den anzuwendenden Rechtssatz aus den Principien des bestehenden Rechts erschließt [b]). Ein solcher Rechtssatz beruht auf inneren Gründen, auf der Autorität, die ihm seine wissenschaftliche Wahrheit giebt, diese Wahrheit ist die Bedingung seiner Gültigkeit; seine Erscheinung in den Ansichten und der Thätigkeit der Juristen hat nur die Bedeutung, daß für eine Ansicht, die von den angesehensten Juristen als wahr erkannt ist (herrschende Ansicht, communis opinio doctorum) und sich in den Gerichten geltend gemacht hat (Praxis), eine Vermuthung der Wahrheit streitet, die ein gewissenhafter Richter, bis er vom Gegentheil überzeugt ist, gelten lassen wird, die aber von dem Augenblick an, wo er ihrer Unrichtigkeit gewiß ist, ihre Autorität für ihn verlieren muß [c]). Man kann das Recht der Wissenschaft, sofern es in den Juristen und ihrer Thätigkeit zur Erscheinung kommt, auch Juristenrecht oder Recht der Praxis nennen, aber diese Ausdrücke beschränken sich nicht auf das Recht der Wissenschaft, sie bezeichnen jedes Recht, daß diese Erscheinungsform annimmt, und dieß kann auch Gewohnheitsrecht seyn, wo die Ansichten der Juristen nicht wissenschaftliche, durch eine wissenschaftliche Opera-

---

b) L. 10—13 D. de legib. (1, 3). Justinian hat für einen sochen Fall vorgeschrieben, daß die Entscheidung vom Kaiser eingeholt werden solle. L. 2 §. 18 C. de vet. iure enucl. (1, 17). Dieß setzt die Möglichkeit voraus, Rechtsstreitigkeiten unmittelbar der Entscheidung des Fürsten zu unterwerfen, die nach heutiger Verfassung nicht Statt findet, und die auch schon Justinian durch ein späteres Gesetz (Nov. 125) abgeschafft hat. — Viele haben geglaubt, dem s. g. Naturrecht jene ergänzende Function zuschreiben zu müssen, auf dieses müsse der von positiven Gesetzen verlassene Richter recurriren, eine Meinung, die mit der blinden Verehrung selbst, die man diesem von historischen und praktischen Grundlagen entblößten Naturrecht widmete, vorübergegangen ist.

c) Es ist eine durchaus verkehrte Meinung, daß ein Gericht Ansichten, die es früher als richtig erkannt hat, auch für die Zukunft gelten lassen müsse (Autorität der Präjudicien), noch weniger haben die Präjudicien der Obergerichte eine bindende Autorität für die Untergerichte.



tion vermittelte sind, sondern unmittelbare Volksansichten, die sich in den rechtsständigen Gliedern der Nation, als den natürlichen Repräsentanten derselben in rechtlichen Dingen, vornehmlich an den Tag legen[d]). Dieß wird der Fall seyn bey Rechtssätzen, die überall auf eine innere Begründung durch Consequenz aus dem sonst bestehenden Recht keinen Anspruch machen.

Die Erkenntniß des wissenschaftlichen Rechts und ihre Methode ist nicht der Gegenstand besonderer Regeln, sondern die Aufgabe der gesammten Rechtslehre. Im allgemeinen gelangt man dazu durch eine doppelte Operation, 1) Erschließung des Rechtssatzes aus den Principien, unter welche der Fall seiner Natur nach gehört (juristische Consequenz), 2) Nachweisung, daß dieselbe Folgerung auch sonst schon unter gleichen Umständen in dem bestehenden Recht vorkommt (Analogie).

Zweites Kapitel.

Verhältniß der Rechtsvorschriften zu einander.

Aufhebung von Rechtssätzen.

§. 17.

Eine Rechtsvorschrift kann den Grund ihrer Aufhebung in sich selbst tragen, indem sie unter gewissen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Voraussetzungen gegeben ist, die wegfallen können; so wenn sie nur für eine gewisse Zeit gegeben ist, deren Ablauf sie aufhebt. Außerdem aber wird sie dadurch aufgehoben, daß sie in Collision mit einer anderen tritt, der diese Wirkung zukommt. Der Rechtssatz, der einen anderen aufheben soll, muß 1) von einer Rechtsquelle herrühren, der diese Kraft gegenüber jenem zusteht; so kann gemeines Recht nicht durch particuläres aufgehoben, sondern nur seine Anwendung auf die Verhältnisse, die und soweit sie das particuläre bestimmt, ausgeschlossen werden, und eben dasselbe ist das Verhältniß des autonomischen gegenüber dem regelmäßigen Recht[a]). 2) Er muß den anderen aufzuheben bestimmt

d) (Diese natürliche Repräsentation ist namentlich in Bezug auf die Reception des römischen Rechts geläugnet worden von Beseler, Volksrecht und Juristenrecht S. 71. f. Wächter, gem. Recht Deutschlands S. 114, Windscheid V. 10. Note 3. 4, §. 16 Note 7. Durch den von Stintzing (s. o. §. 3a) geführten Beweis, daß der Reception eine Strömung in den Volkskreisen der Halbgelehrten entgegen kam, hat sich jedoch auch in dieser Anwendung das normale Verhältniß bestätigt. R.)

a) Dagegen ist der Ursprung der Rechtssätze aus der unmittelbaren Volksüberzeugung oder aus der Gesetzgebung an sich gleichgültig, s. §. 13.

seyn; so hebt gemeines Recht nicht das partikuläre auf, wenn ihm nicht ausnahmsweise diese Bestimmung wirklich gegeben ist [b]), ferner eine neue Regel hebt die ältere Regel, und vielleicht auch ihre Ausnahmen, aber diese nicht immer auf [c]). 3) Der aufhebende Rechtssatz muß der neuere seyn: ius posterius derogat priori [d]).

Modification von Rechtssätzen.

§. 18.

Zwey Rechtsvorschriften können in dem Verhältniß zu einander stehen, daß eine die Wirksamkeit der andern zwar nicht aufhebt, aber sie doch verändert. Dies ist auf folgende Weise möglich: 1) durch Einschränkung, indem die eine der anderen gewisse Fälle entzieht, die außerdem unter sie fallen würden, entweder sie als Regel vollkommen stehen lassend, aber Ausnahmen hinzufügend, oder sonst ihren Umfang vermindernd [a]); 2) durch Erweiterung, indem der Umfang der einen Vorschrift durch die andere vergrößert wird.

Eine solche Modification kann sich namentlich auch aus inneren Gründen als nothwendig darstellen, also gegenüber dem auf äußerer Autorität beruhenden Recht durch das Recht der Wissenschaft erfolgen [b]). Sie muß sich darauf gründen, daß der Wille des Urhebers der vorliegenden Rechtsvorschrift, obgleich er nicht ausgesprochen ist, vernünftigerweise die Beschränkung der Erweiterung fordere, und das

---

b) Z. B. L. 3 §. 5 D. de sepulcro viol. (47, 12).

c) Vgl. Thibaut, über das Verhältniß besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln, Civil. Abhandlungen (1814) Abh. 7. (Es kommt darauf an, ob die Ausnahmen, Folgerungen und Nebensätze mit dem Princip des neuen Rechtssatzes vereinbar sind. Die alte Regel, daß das ältere Specialgesetz durch ein neueres generelles nicht aufgehoben werde, ist daher in dieser Allgemeinheit unrichtig. Vgl. Bruns in v. Holtzendorffs Encyclopädie I. S. 262. R.)

d) L. 4 D. de const. princ. (1, 4). (Ein anderer Begriff ist die Ausschließung eines (dispositiven) Rechtssatzes durch Willkür oder örtliches Recht: §. 6 e. §. 13 o. p. R.)

a) Vgl. L. 80 D. de R. I. (50, 17): in toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

b) Dieß ist es, was die Römer interpretatio in einem vorzüglichen Sinn nannten. Beispiel einer Beschränkung L. 8 §. 6 D. de transact. (2, 15), einer Erweiterung L. 2 §. 29 D. ad S. C. Tertull. (38, 17). — Etwas anderes ist die Nachweisung, daß der Sinn des Rechtsatzes selbst ein engerer oder weiterer sey, als in dem gewöhnlichen Wortverstand zu liegen scheint; diese ist eine gewöhnliche Interpretation in unserm Sinn (§. 15), bey der man in dieser Beziehung zwey Arten unter dem Namen int. restrictiva und extensiva aufgestellt hat, eine Eintheilung, die eigentlich nur auf jene Interpretatio im römischen Sinn paßt.

Gegentheil ein dem wahren und wohlverstandenen Gedanken des Rechtssatzes unangemessenes Resultat gebe [c]).

Widersprüche [a]).

§. 19.

Ein Widerspruch (Antinomie) besteht zwischen zwey Rechtssätzen desselben Rechtskörpers, von denen der eine den anderen aufhebt oder modificirt, ohne daß sich bestimmen läßt, welchem von beiden die aufhebende oder modificirende Function zukommt. Es ist ein nur scheinbarer Widerspruch, der einer richtigen Interpretation weicht, sey es, daß diese den beiden Stellen einen Sinn giebt, in welchem sie gar nicht mit einander collidiren [b]), oder daß sie nachweist, welche nach der wirklichen Absicht des Urhebers vorgehen soll [c]). Wirklich widersprechende Rechtssätze heben einander gegenseitig auf, und der Punct, den sie betreffen, ist so zu entscheiden, wie wenn er in dem auf äußerer Autorität beruhenden Recht gar nicht entschieden wäre [d]).

Drittes Kapitel.

Verhältniß der Rechtsvorschriften zu nichtjuristischen Principien.

Sittlichkeit und Religion.

§. 20.

Die rechtliche Beurtheilung der Verhältnisse ist selbstständig gegenüber der sittlichen und religiösen; eine Handlung kann unsittlich und irreligiös seyn, ohne darum auch widerrechtlich zu seyn. Ein Recht,

c) Mit den gewöhnlichen Regeln: cessante ratione, cessat lex ipsa — ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio, kommt man nicht weit, da gleich der Ausdruck ratio legis mehrdeutig ist.

a) Besonders in Beziehung auf die Gesetzgebung Justinian's: Thibaut, civil. Abhandl. 6 (1814), Löhr, Magaz. für Rechtswiss. und Gesetzg. III. 7 (1818), Savigny, System I. §. 42—45, von denen nur die beiden letzten von einer richtigen Ansicht über das Wesen der justinianischen Legislation ausgehen.

b) Z. B. bey den §. 13 Note o und p cit. Stellen.

c) Gewöhnlich wird das wissenschaftliche Verfahren bey scheinbaren Widersprüchen in diese Lehre hereingezogen, was die richtige Entscheidung unserer Frage erschwert. Jenes ist eine Sache der Interpretation, die wahren Widersprüche liegen über diese hinaus.

d) (Vgl. von Scheurl, Beitr. 1852. No. 4. S. 129, der hierfür passend auf die Analogie des Rescripts von Hadrian Gai. I, 7 — richtiger das argumentum a contrario aus demselben [vgl. §. 8 I. de iure nat. I, 2] — hinweist. R.)

welches unsittliche Handlungen schlechthin wie rechtswidrige behandelte, würde seine Selbstständigkeit verlieren, sogar ohne der Sittlichkeit und Religion zu nützen, indem es durch seinen äußeren Zwang die Freiheit der Gesinnung untergrübe. Dagegen kann das Recht, ohne sein eigenes Daseyn zu gefährden, auch keiner feindlichen Richtung gegen Sittlichkeit und Christenthum zu Hülfe kommen, es darf sich nicht zum Beförderer der Unsittlichkeit herabwürdigen lassen. Eine Handlung daher, welche ein Attentat gegen die Sittlichkeit enthält, soll auch rechtlich nicht gebilligt und geschützt werden [a]). Noch weniger kann das Recht etwas unsittliches und irreligiöses gebieten. Aber es giebt Verhältnisse, in denen den sittlichen und religiösen Principien überdieß ein positiver bestimmender Einfluß auf die rechtliche Gestaltung derselben zukommt. Dieß ist der Fall bei den Beziehungen, die, ursprünglich sittlicher oder religiöser Natur (so die Familie, die Kirche), zu Rechtsverhältnissen gestaltet worden sind, und deren rechtliche Form jener Grundlage gemäß sein muß. Wo ferner das Recht Sittlichkeit und Religion zu seiner Hülfe herbeyzieht, wie z. B. die Pflicht zur Wahrheit beym Beweis, gegenseitige Redlichkeit und rechtschaffenes Verhalten bey Verträgen, die darauf gestellt sind, da wird Unsittlichkeit auch als ein Unrecht zu qualificiren, und mit rechtlichen Folgen zu belegen seyn [b]).

Wohlfahrt.

§. 21.

Das Recht hat die Aufgabe, das menschliche Wohl zu befördern, dieß ist daher auch ein Princip des Rechts [a]). Aber das Recht dient der menschlichen Wohlfahrt auf dem ihm angewiesenen Wege, welcher in der Hervorhebung der Gleichheit gegenüber den individuellen Unterschieden in den Menschen und ihren Verhältnissen besteht. Es ist nicht das Wohl des Individuums, sondern das Wohl der Gattung, welches die nächste Aufgabe des Rechts ist. Diese Herrschaft der gleichmäßig

a) L. 6. 30 C. de pact. (2, 3), L. 134 pr. D. de V. O. (45, 1) u. a.

b) (Die hier noch angenommene falsche Selbstständigkeit des Juristischen gegen das Sittliche (Thomasius u. A.) ist jetzt als beseitigt anzusehen: Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. 1860. §. 45 S. 76, Sav., System I. S. 53. 54. „Nichtjuristisch" ist nur das rein Innerliche (L. 18 D. de poen. 48, 19), in der äußeren Handlung sieht auch das Recht auf die Gesinnung pr. I. de iust. et iure (1, 1), L. 10 pr. D. eodem 1, 1. R.)

a) Die Römer nehmen diesen Punkt gleich in die Definition des Rechts auf, indem sie sagen: ius privatum est quod ad singulorum utilitatem spectat. L. 1 §. 2 D. de I. et I. (1, 1). (Die Annahme dieses Princips steht mit der ungenügenden Würdigung des ethischen Princips (§. 20 Note b) in Verbindung, vgl. Sav., Syst. I. S. 54. Utilitas ist nicht Wohlfahrt, sondern das rechtliche Interesse. R.)

durchgreifenden Regel über die individuellen Bedürfnisse ist der Grundcharakter des Rechts, die ratio iuris; darum kann es nicht fehlen, daß es in den einzelnen Fällen mit den Ansprüchen des von der Geltendmachung der individuellen Unterschiede abhängigen Wohls in Collision kommt[b]). Es ist nun eine Aufgabe, das Recht so auszubilden, daß die abstracte Gleichheit nicht in eine wirkliche Ungleichheit, das formelle Recht nicht in ein materielles Unrecht umschlage[c]). Diesem Bedürfniß zu entsprechen, giebt es einen doppelten Weg:

1) Das reine Recht wird so gestaltet, daß es, ohne seine Consequenz aufzugeben, den begründeten Anforderungen auch des individuellen Wohls entspricht, es wird ein billiges Recht, aequum ius, denn Billigkeit ist eben die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede und ihrer Ansprüche[d]). Aber dieses Nachgeben gegen die Ansprüche der Billigkeit hat außer der inneren Schranke, die darin liegt, daß das Recht seinen eigenthümlichen Charakter nicht aufgiebt, auch noch äußere Gränzen: zuweilen ist die abstracte Consequenz absichtlich festgehalten (strictum ius), indem die unnachsichtliche Strenge derselben als das dem allgemeinen Wohl selbst zuträglichere erscheint[e]). Niemals übri-

b) Daß z. B. der Arme und der Reiche, der Ungebildete und der Gebildete, der Kluge und der Thörichte vor dem streng consequenten Recht gleichstehen, ist allerdings zugleich im Interesse des menschlichen Wohls, aber in der einzelnen Anwendung kann es eine Beeinträchtigung desselben werden.

c) Dieß drückt der Spruch aus: summum ius summa iniuria. Die abstract gleiche Behandlung z. B. des Armen und Reichen ꝛc. kann eben dadurch zu einer Ungleichheit werden, daß es jenem nach seiner Individualität schwieriger sein kann, als diesem, die Vorschriften des Rechts (z. B. für das Ansuchen um gerichtlichen Schutz) zu erfüllen.

d) So z. B. L. 3 in f. D. de pec. const. (13,5): — habet enim utilitatem ut ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur. L. 43 D. de relig. (11,7): — Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt. — — nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus — nam summam esse rationem, quae pro religione facit. — Auf demselben Princip beruht das Institut der Vormundschaft für solche Personen, die ihrer Individualität nach zur ersprießlichen Verwaltung ihres Vermögens ungeschickt sind, ferner die rechtliche Behandlung des Betrugs und Zwangs in Rechtsgeschäften, das Hinausgehen über die wörtliche Erklärung bey Contracten, bey Gesetzen, und unzähliges andere. Siehe auch L. 51 in f. D. ad L. Aquil. (9, 2): — multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest, unum interim posuisse contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit, neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse. (Vgl. Hartter, Archiv für civ. Pr. XXIX. 8. [1846] XXX. 14. [1847] R.)

e) Von einem solchen Fall sagt L. 12 §. 1 D. qui et a quib. man. (40, 9): —

gens ist die Billigkeit, die dem Richter zu berücksichtigen gestattet oder geboten wird, ein dunkles subjectives Gefühl[f]), sondern ein seiner Gründe sich bewußtes, dem Geist des fraglichen Rechtsinstituts entsprechendes Ermessen der individuellen Umstände.

2) Es tritt neben das reine, in seiner Strenge verharrende Recht eine Ausnahme zu Gunsten gewisser Personen oder Verhältnisse, die ein ganz besonderes, von dem Grundcharakter des Rechts abweichendes Rechtsinstitut bildet, so daß hier die Billigkeit nicht das Recht durchdringt, sondern ihm in der Form eines Ausnahmsrechts gegenübersteht. Ein solches Ausnahmsrecht heißt ius singulare (die Rechte, die es gewährt, privilegia — in diesem Sinn vgl. §. 30. 31 — beneficia iuris), das reine und regelmäßige Recht ihm gegenüber ius commune[g]). Dieses ius singulare (z. B. Schutz der Minderjährigen gegen nachtheilige Rechtsgeschäfte, der Frauenspersonen gegen übernommene Bürgschaften, Vorzug mancher Forderungen im Concurs, Entstehung der strengen Darlehnsforderung ohne Uebergabe des Gelds von dem Gläubiger an den Schuldner) beruht lediglich auf äußerer Autorität (Note g), es kann daher auch nicht durch das Recht der Wissenschaft erweitert werden[h]), mit Unrecht aber haben Manche dieß von der receptiven Thätigkeit der Interpretation in unserem Sinn verstanden, und darum behauptet, ein singuläres Gesetz müsse besonders strict interpretirt werden[i]).

---

quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est, und ist zu verstehen L. 1 C. de legib. (1, 14): Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. (Constantin.).

f) C. G. O. Th. I. Tit. 13.

g) L. 16 D. de legib. (1, 3): Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Vgl. Puchta, Cursus der Inst. I. §. 31.

h) L. 14 D. de legib. (1, 3): Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. L. 162 D. de R. I. (50, 17). (Dieß Moment der blos äußeren Autorität scheint Thöl, Einl. in das deutsche Privatr. [1851] §. 38 S. 107 Note 2 zu unterschätzen, wenn er statt des reinen, billigen und singulären Rechts nur consequentes und inconsequentes unterscheiden will, weil auch das billige die Consequenz beseitige und die Umstände berücksichtige, mithin für das singuläre nur das rein formelle Merkmal übrig bleibe, daß der Rechtssatz sich als ein Ausnahmsrecht bezeichne. In der That aber beruht der Bruch, welchen das singuläre Recht in die Consequenz macht, nicht auf einem schon vorhandenen höheren Rechtsprincip, welches z. B. in L. 43 D. de relig. [11, 7] Note d, auf die sich auch Thöl beruft, die Consequenz der L. 2 §. 2 D. eod. zu beseitigen gestattete, sondern auf einer ganz positiven Norm [z. B. §. 528 a], welche weder der Jurist noch der Richter suppliren darf. R.)

i) S. z. B. Vangerow, Leitfaden I. S. 39.

Zweites Buch.

Von den Rechtsverhältnissen.

Erstes Kapitel.

Die Personen.

Begriff der Person.

§. 22.

Indem wir den Menschen in seinen rechtlichen Beziehungen betrachten, heben wir dieß an ihm hervor, daß ihm die Möglichkeit eines Willens zukommt. Wir abstrahiren von seinen individuellen Eigenschaften und Zuständen, die für die moralische Qualification seines Willens entscheidend sind, oder geben ihnen wenigstens nur eine untergeordnete Bedeutung, und stellen jene über der individuellen Verschiedenheit stehende gleichmäßige Macht oder Möglichkeit des Willens an die Spitze. Als Subjecte eines solchen in der Potenz gedachten Willens heißen die Menschen Personen, mit diesem Wort wird daher ihre Stellung im Recht bezeichnet. Persönlichkeit ist also die subjective Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht, die Fähigkeit zu Rechten, die Eigenschaft, wodurch der Mensch Subject rechtlicher Beziehungen ist. Sie ist durch allgemeine Rechtsvorschrift mit der Existenz des menschlichen Individuums verknüpft (§. 114. 115). Es giebt Unterschiede der Personen, theils nach der den rechtlichen Willen bestimmenden Stellung des Menschen (als Einzelnen oder als Gliedes eines rechtlich gestalteten Ganzen: Privatperson, öffentliche, kirchliche Person, §. 33. 45), theils nach der vermehrten oder verminderten Fähigkeit zu Rechten (116 bis 120), keineswegs aber sind die individuellen Unterschiede der Menschen an sich auch Unterschiede der Personen [a]). Nur haben allerdings diese individuellen Zustände einen bedeutenden Einfluß auf die Gestaltung mancher rechtlichen Verhältnisse.

---

a) Alter z. B., Gesundheit, Gesinnung ꝛc. sind Eigenschaften des Menschen, aber man kann nicht eigentlich die Person alt oder jung, gesund oder krank ꝛc. nennen.

Einfluß individueller Zustände.

§. 23.

Das Geschlecht, dem der Mensch angehört, männliches oder weibliches [a]), hat keinen durchgreifenden Einfluß auf die rechtlichen Verhältnisse, im Zweifel sind die Rechtssätze für beide Geschlechter bestimmt [b]). Nichts desto weniger ist dem verschiedenen Charakter der Geschlechter in vielen Verhältnissen eine bedeutende Wirkung gegeben, namentlich theils durch Zurücksetzung des weiblichen [c]), theils durch Begünstigung desselben in Erwägung seiner Hülflosigkeit und Schwäche.

Das Alter hat einen natürlichen Einfluß auf die geistigen und körperlichen Fähigkeiten, der auch im Recht anerkannt wird theils in der Frage der Handlungsfähigkeit (§. 50), und der Fähigkeit zu gewissen Verhältnissen (z. B. Ehe, Aemtern), theils in dem Institut der Vormundschaft, theils bey der In integrum Restitutio, theils als Befreiungsgrund von gewissen Lasten. Bald ist es das geringere, bald das höhere Alter, das diese Wirkungen hat. Die Altersstufen, denen das Recht diese Rücksichten giebt, sind zum Theil bestimmt festgesetzt, zum Theil hat das richterliche Ermessen die nähere Bestimmung für den individuellen Fall zu ergänzen, so namentlich, wo das hohe Alter schlechtweg, die senectus, mit Rücksicht auf die damit verbundenen Infirmitäten hervorgehoben wird [d]), ferner wo die Nähe an einem schon überschrittenen oder an einem noch nicht erreichten Alter theilweise dieselben Wirkungen, wie dieses Alter selbst haben soll, so bey den infantiae proximi und pubertati proximi [e]). Von den genau bestimmten Altersperioden haben die größte Bedeutung 1) die infantia, das Alter unter sieben Jahren, als die erste Lebensperiode des Menschen [f]),

---

a) Eine völlige Unentschiedenheit des Geschlechts wird nicht angenommen, die Ungewißheit desselben (bei Hermaphroditen) ist durch die Feststellung des in der Zwitterbildung vorwiegenden Geschlechts zu beseitigen. L. 10 D. de statu hom. (1, 5), L. 15 §. 1 D. de testib. (22, 5), L. 6 §. 2 D. de lib. et post. (28, 2).

b) Daher L. 1 D. de V. S. (50, 16): Verum hoc, si quis, tam masculos quam feminas complectitur. L. 195. pr. eod., L. 45 pr. D. de leg. II. (31).

c) L. 9 D. de statu hom. (1, 5). Ein Princip giebt L. 2 D. de R. I. (50, 17): Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores esse. Vgl. noch §. 10 I. de adopt. (1, 11), L. 18 D. de testib. (22, 5).

d) Z. B. L. 8 D. testib. (22, 5), ferner als Grund einer Vormundschaft.

e) §. 10 I. de inut. stip. (3. 19), §. 18 I. de obl. ex del. (4, 1), L. 13 §. 1 D. de dolo. m. (4, 3), L. 4 §. 26 D. de doli exc. (44, 4), L. 111 pr. D. de R. I. (50, 17). Vgl. Savigny, System III. S. 36—39.

f) L. 14 D. de sponsal. (23, 1), L. 1 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7), L. 18 C. de iure delib. (6, 30), vgl. Savigny, System III. §. 107.

2) die Unmündigkeit, das Alter unter 14 Jahren bey Mannspersonen, unter 12 Jahren bey Frauen, diese Epoche scheidet die Menschen in impuberes und puberes[g]); 3) die puberes sind entweder minores oder maiores viginti quinque annis, und diese Epoche des 25. Jahrs ist so wichtig, daß sie in der Regel bey der Bezeichnung minores und maiores verstanden zu werden pflegt (im Deutschen Minderjährige und Voll- oder Großjährige), die Volljährigkeit heißt aetas legitima[h]). Sie kann auch einem Jüngeren durch Concession des Regenten (venia aetatis) verliehen werden, was indessen ein Alter von wenigstens 20 Jahren bey männlichen, von 18 Jahren bey weiblichen Personen, und die Nachweisung eines verständigen und sittlichen Lebenswandels voraussetzt[i]). Der Unterschied aber ist zwischen einem solchen Volljährigen durch Concession und dem natürlich Volljährigen, daß jener noch immer für die Veräußerung unbeweglicher Sachen eines Decrets der Obrigkeit bedarf, wo dies bei einem Minderjährigen nothwendig ist[k]).

§. 24.

Auch solche körperliche oder geistige Unvollkommenheiten, die nicht in dem Geschlecht oder Alter gegründet sind, haben einen theils auf innerer Nothwendigkeit, theils auf anderen Rücksichten beruhenden Einfluß im Recht. So der Mangel körperlicher Integrität: Krankheit[l]), Gebrechen (vitium)[m]); ferner die Vernunftlosigkeit, welche die

g) L. ult. C. quando tut. esse des. (5, 60), pr. I. qu. mod. tut. fin. (1, 22), L. 5 D. qui testam. (28, 1), L. 4 D. de ritu nupt. (23, 2). Ueber die Geschichte dieser Feststellung der Pubertät s. Savigny, System III. §. 109 bis 111. Alimente, die bis zur Pubertät hinterlassen werden, sollen nach dem Vorgang einer Verordnung Hadrian's für die kaiserlichen Alimentenstiftungen bis auf das 18. und 14. Jahr erstreckt werden. L. 14 §. 1 D. de alim. leg. (34, 1); dieses Alter nennt man plena pubertas, welcher Ausdruck für die 18 Jahre vorkommt, die der Adoptirende älter sein muß, als der Adoptirte. L. 40 §. 1 D. de adopt. (1, 7), §. 4. I. eod. (1, 11). Das Alter von 18 Jahren für das Richteramt L. 57 D. de re iud. (42, 1) hat mit der Pubertät keinen Zusammenhang.

h) Vgl. Savigny, Von dem Schutz der Minderjährigen im R. R. und insbes. von der lex plaetoria 1833, mit Zusätzen in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. X 3.

i) Cod. II. 45: de his qui veniam aetatis impetraverunt. Rudorff, Vormundschaft III. S. 221 ff.

k) L. 3 C. eod. Auch hat die venia aetatis keinen Einfluß auf testamentarische und andere Privatdispositionen, in denen etwas von der Volljährigkeit abhängig gemacht ist, diese wird stets als die natürliche verstanden, wenn nicht eine andere Absicht des Disponenten nachgewiesen werden kann. L. 4 C. eod.

l) Eine Krankheit der Art, daß sie zu einem gewissen Geschäft, um das es sich handelt, untüchtig macht, und daher einen Entschuldigungsgrund abgiebt, heißt morbus sonticus, L. 60 D. de re iud. (42, 1).

m) L. 101 §. 2 D. de V. S. (50, 16): verum est, morbum esse temporalem

Folge einer Geisteskrankheit ist: Wahnsinn (furor), Blödsinn (dementia) [n]), wobey die Möglichkeit vollkommen lichter Zwischenzustände (dilucida intervalla) anerkannt wird, in denen der Einfluß der Geistesverwirrung wegfällt [o]); ferner die Geistesschwäche [p]), und der von gewissen Lebensberufen nicht leicht auszuschließende Mangel an geistiger Bildung, insonderheit an rechtlicher Einsicht: rusticitas, simplicitas [q]).

Daß diese individuellen Zustände etwas dem Begriff der Persönlichkeit fremdes sind (wie denn auch ihr Einfluß im Recht nur ein secundärer ist), zeigt sich anschaulich darin, daß es Personen giebt, bey denen von ihnen überall nicht die Rede seyn kann.

Juristische Personen [a]).

§. 25.

Die Menschen sind die natürlichen Personen, indem bey ihnen die Persönlichkeit an ein Subject von natürlichem Daseyn geknüpft ist. Das Recht hat aber auch Personen aufgestellt, die eine blos ideelle Existenz haben, insofern das Subject der Persönlichkeit bey ihnen nur ein Begriff ist, entweder ein Verein natürlicher Personen, universitas personarum, oder ein Vermögen, universitas bonorum. Solche Personen heißen juristische (sonst nannte man sie gewöhnlich, sehr ungeeignet, moralische), oder fingirte. Diese juristischen Personen sind eine Ausnahme von der Regel, wonach dem Menschen, keinem anderen Wesen die Persönlichkeit zukommt, eine Ausnahme, die keine Anomalie, und die durch eine in gewissen Verhältnissen liegende Nothwendigkeit hervorgerufen ist. Die Bestimmung nämlich, die manchen Gütern gegeben ist (für die Zwecke einer Gesammtheit als solcher, oder für einen sonstigen über das Interesse bestimmter einzelner Personen hinaus-

corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum. — Solche Gebrechen sind Stummheit, Taubheit, Blindheit, Zeugungsunfähigkeit. Unter den Zeugungsunfähigen überhaupt, spadones, werden besonders hervorgehoben die durch absichtliche Verstümmelung dazu gemacht sind, castrati. L. 39 §. 1 D. de iure dot. (23, 3), L. 6 pr. §. 1 D. de lib. et post. (28, 2).

n) Savigny, System III. §. 112.

o) L. 9 C. qui testam. (6, 22), L. 6 C. de cur. fur. (5, 70), L. 14 D. de off. praes. (1, 18).

p) L. 2 D. de postul. (3, 1), §. 4 I. de curat. (1, 23).

q) L. 2 §. 7 D. de iure fisci (49, 14), L. 2 § 1 D. si quis in ius voc. (2, 5), L. 1 C. de iuris et f. ign. (1, 18), L. 1 pr. D. de test. milit. (29, 1).

a) Savigny, System II. §. 85—102. Puchta in Weiske's Rechtslexicon: Corporationen (1840). III. S. 65—70 (Kleine Schriften Nr. 28), Vorlesungen §. 25—28. (Mit Rücksicht auf Particularrechte: Unger I. §§. 42. 44. Uhrig, Abh. über d. jur. Person nach dem gem. und dem bes. Rt. im Kgr. Bayern. 1854. K. Pfeifer, die Lehre v. d. jurist. Personen nach gem. und würtemb. Rechte. 1847.

liegenden Zweck), macht es unthunlich oder unpassend, als die zu diesen Gütern Berechtigten die einzelnen natürlichen Personen zu behandeln; die Gesammtheit oder der Zweck selbst ist in solchen Fällen als berechtigtes Subject betrachtet, und somit als Person fingirt worden. Mit dieser Veranlassung der juristischen Personen hängt es denn auch zusammen, daß ihre Rechtsfähigkeit stets nur eine Vermögensrechtsfähigkeit ist, und zwar mit Ausnahme solcher Vermögensrechte, die in wesentlicher Verbindung mit Familienverhältnissen stehen [c]). In jener Sphäre aber ist für sie oder für einzelne Arten derselben manches singuläre Recht eingeführt, theils als Folge ihres von dem der natürlichen Personen abweichenden Daseyns, theils als besondere Begünstigung ihrer Zwecke.

§. 26.

Ein Verein von Personen kann eine gewöhnliche Gesellschaft, privata societas seyn, in welchem Fall kein von den einzelnen Gliedern

b) (Neuerdings hat man die Brauchbarkeit des Begriffs der juristischen Person überhaupt geleugnet und an deren Stelle ein s. g. „Zweckvermögen" zu setzen versucht, Brinz, Pand. I. Vorr. S. XI. §. 226. 227. S. 979—997. Demelius, Rechtsfiction (1858) S. 85 ff. u. Jahrb. für Dogmatik IV. 2 (1860). Bekker in der Zeitschrift für Handelsrecht IV. 10. (1861). Vgl. dagegen Windscheid §. 49 Anm. 4. Arndts §. 41 Anm. 3 und in Pözl's Vierteljahrsschr. I. S. 93 f. In der That hat der Ausdruck „juristische Person" gegen sich, daß auch die natürliche Persönlichkeit, sofern man darunter die Rechtsfähigkeit des Rechtssubjects und nicht etwa das mit Selbstbewußtsein und Willensfähigkeit begabte Individuum versteht, auf einer juristischen Abstraction beruht, zu welcher die menschliche Individualität sich nur als Substrat verhält. Vgl. oben §. 22a. Aber auch die Bezeichnung „fingirte Person", welche Windscheid §. 49 Anm. 6 vorzieht, würde im Grunde eine Verneinung der Persönlichkeit enthalten, wie das entgegengesetzte Extrem der „organischen Einheit" (Kuntze, Krit. Zeitschr. 5, 359. Baron, Gesammtrechtsverhältnisse (1864) S. 5) die Differenz von der natürlichen Person aufhebt. Mit Recht bemerkt daher auch Brinz S. 995, daß sich von einer eigentlichen Rechtsfiction, namentlich in den Klagen der universitas nirgends eine Spur zeigt. Diese Ausstellungen betreffen aber nur das Wort. In der Sache selbst bleibt der wesentliche Unterschied, daß das Privatvermögen einem Individuum, das Corporations- und Stiftungsvermögen einer Genossenschaft oder Anstalt gehört. Die Personification, welche übrigens selbst in dem Ausdrucke „Zweckvermögen" nicht vermieden ist, beruht also nicht, wie Windscheid a. a. O. Note 5 und Bruns in v. Holtzendorffs Encyclopädie I. S. 270 annehmen, auf einer beliebigen logischen Denkform, sondern auf einer Rechtsschöpfung und folglich auf einer juristischen Nothwendigkeit. In diesem Sinne ist daher selbst der Name der juristischen Person jeder andern Bezeichnung ihrer künstlichen und uneigentlichen Persönlichkeit vorzuziehen. R.)

c) Weitere, auf besonderen Gründen beruhende, Einschränkungen ihrer Rechtsfähigkeit, oder der Rechtsfähigkeit einzelner von ihnen, werden bey einzelnen Rechten vorkommen.

verschiedenes Rechtssubject besteht, die gemeinschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten jedem Einzelnen pro rata zukommen. Anders, wenn der Verein Subject einer juristischen Person ist („Corporationsrechte" hat). Hier ist das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten des Vereins das Ganze, die juristische Person, die etwas von allen einzelnen Gliedern verschiedenes ist [d]), wie sie denn auch stets dieselbe bleibt, wenn auch alle ihre Glieder sich verändern [e]).

Als solche universitates personarum kommen vor: 1) vor allem der Staat selbst, sofern er Vermögen hat und durch dieses in privatrechtliche Verhältnisse eintritt, diese Seite des Staats wird durch das Wort fiscus bezeichnet [f]); 2) die Gemeinden (civitates, municipia etc.), als dem Staat gleichartige und daher auch mit demselben Namen (res-

d) L. 6 §. 1 D. de div. rer. (1, 8): — ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. Et ideo tam contra civem, quam pro eo posse servum civitatis torqueri, Divi fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus. L. 1 §. 7 D. de quaest. (48, 18), L. 7 § 1 D. quod cuiusc. univ. (3, 4): Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent. L. 2 eod.: Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum, quasi a pluribus datum sic haberi; hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis. Uebertragung eines Corporationsguts an die einzelnen Glieder ist daher durchweg eine reine Veräußerung. L. 1 §. 15 D. ad S. C. Trebell. (36, 1). (Auch die Rechte, deren Ausübung den einzelnen „Interessenten" überlassen ist, stehen nur der Corporation zu, doch bestand ein Unterschied in Betreff der Veräußerlichkeit (Gromat. vet. p. 54, 17—55, 3), der in dieser Weise nicht mehr anerkannt ist. Vgl. Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts II. §. 84 S. 301. Annalen des Advocaten-Vereins zu Hannover 1846. S. 76—83. R).

e) L. 7 §. 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4), L. 76 D. de iud. (5, 1), vgl. L. 59 pr. D. pro soc. (17, 2). Das Verhältniß der Glieder ist das einer Vertretung des Ganzen, wie diese durch die Corporationsverfassung bestimmt wird (§. 53).

f) Der Fiscus hat mannigfache Rechtswohlthaten. Dig. XLIX. 14. Cod. X. 1: de jure fisci. Eine Zusammenstellung s. z. B. bey Westenberg, principia iuris 49, 14. Auf der anderen Seite hat man gegenüber dieser mächtigsten aller Personen den Grundsatz für gerecht gehalten, den L. 10 D. h. t. ausspricht: Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. Eine andere Erklärung, wonach nur die Straflosigkeit eines solchen Verfahrens in der Stelle ausgesprochen seyn soll, scheint, wenn überall, doch wenigstens zu ihrer Aufnahme in die Pandekten nicht zu passen. (Anders Böcking, Pand. I. §. 45 Note c. Keller, Pand. §. 36. — Streitig ist die juristische Persönlichkeit der successiven Träger der Staats- und Kirchengewalt. L. 56 D. 57 D. de leg. 2 (31) c. 5. de rescr. in 6to sedes ipsa (apostolica) non moritur. L. 25 D. ad mun. (50, 1.) Dagegen: Savigny §. 103, vgl. Windscheid §. 37 Anm. 3. Arndts §. 41 Anm. 7. R.)

publicae) bezeichnete Corporationen[f]); 3) die Corporationen, welche in Verbindung mit einzelnen Staatsanstalten stehen, so daß sie öffentlichen Zwecken dienen, wenn auch nicht auf jene unmittelbare Weise, wie die Gemeinden, sie heißen corpora, collegia, decuriae, societates (publicae), sodalitates[g]), wohin die römischen Beamtenvereine, Zünfte, Gesellschaften zur Pachtung öffentlicher Rechte ꝛc. gehörten[h]); 4) die Kirche und die kirchlichen Corporationen, die in ihr unterschieden werden[i]).

§. 27.

Wer Güter für einen frommen und gemeinnützigen Zweck (z. B. für Armen-, Kranken-, Waisen-Versorgung, Unterricht, Beförderung der Künste und Wissenschaften, Ausbreitung des Christenthums) stiften will, hat nicht nöthig, diese Güter in das Eigenthum einer bestehenden, natürlichen oder juristischen, Person mit der Auflage der Verwendung zu jenem Zweck zu bringen. Vielmehr wird eine solche „milde Stiftung", wenn jenes nicht geschehen ist, als ein selbstständiges Vermögen behandelt, welches das Subject, dem es zusteht, in sich trägt; der Zweck selbst, die pia causa, ist dieses Subject, und so werden solche Güterinbegriffe Träger juristischer Persönlichkeiten, welche pia corpora, piae causae genannt werden[k]).

Es giebt noch eine universitas bonorum, welche als Träger einer

---

f) Auch sie haben mancherley singuläre Rechte. Cod. XI. 29: de iure reipublicae. Von ihrer Verfassung handeln Dig. L. 1—11. 15, Cod. I. 55. 56. VIII. 12. 13. X. 31—70. XI. 13—57.

g) Dig. XLVII. 22: de collegiis et corporibus.

h) Savigny, System II. §. 88. In unserer Zeit gehören dahin auch die Universitäten, sofern sie als Corporationen behandelt werden; ist dieß nicht mehr der Fall, so ist doch mit ihnen noch eine juristische Persönlichkeit verbunden, die aber unter die Rubrik der Stiftungen (§. 27) gehört.

i) Cod. I. 2. 3. Es fragt sich, ob die Persönlichkeit der Kirche lediglich in den einzelnen Kirchengemeinden sich darstelle, oder auch in der über diesen stehenden Kirche. Vgl. die Lehre von dem Subject des Kirchenvermögens bey Eichhorn, Grunds. des K. R. II. S. 649 f., Richter, Lehrb. d. K. R. §. 287.

k) S. die Rubrik von Cod. I, 3, und L. 23 C. de ss. eccles. (1, 2), L. 24. 28. 35. 46. (ungloss.) 49 C. de episc. et cler. (1, 3), Nov. 131 c. 11. 15. Clem. 2 pr. de relig. domib. (3, 11). (Roth, über Stiftungen, in den Jahrb. für Dogmatik I. S. 189 ff. (1856.) R.) — Einige Neuere leugnen die Existenz der piae causae als besonderer juristischer Personen, indem sie solche Güter schlechthin der Kirche oder Gemeinde ꝛc. zuweisen, so Roßhirt im Archiv für civil. Praxis X. 13 S. 321 ff. (Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht V. S. 239 ff.) Fritz, Erläuterung zu Wening I. S. 153 f. Diese Meinung beruht auf einer Verwechselung der Verwaltungs- mit der Existenzfrage, vgl. Savigny, System II. S. 271, Mühlenbruch in Glück's Commentar XL. S. 79 ff.

juristischen Persönlichkeit zu betrachten ist, dieß ist das Vermögen, sofern es als ein Ganzes auf einen Anderen übergeht, der die in dem Vermögen als juristische fortgedachte Person des früheren Berechtigten repräsentirt, so namentlich die Erbschaft[l]).

§. 28.

Die Entstehung einer juristischen Person hat zwey Voraussetzungen: 1) das Daseyn der Thatsache, welche die Unterlage derselben bildet, dieß ist entweder a) ein Personenverein von der Beschaffenheit, wie das Recht ihn fordert[m]), oder b) ein Güterinbegriff, bey den piae causae namentlich Stiftung durch eine wirksame Disposition für einen Zweck

---

l) L. 22 D. de fideiuss. (46, 1): — hereditas personae vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas. L. 31 §. 1 D. de hered. inst. (28, 5), L. 34 D. de adquir. dom. (41, 1). Ueber die Nothwendigkeit und Bedeutung dieser Fiction s. §. 446. 447. Auch diese juristische Persönlichkeit ist in Abrede gestellt worden, s. besonders Savigny, System II. §. 102 und dagegen Puchta in Richter's und Schneider's Jahrb. 1840 S. 712 ff. (Eine Eigenthümlichkeit dieser „juristischen" Persönlichkeit ist jedenfalls, daß sie eine vorausgehende natürliche voraussetzt und in eine andere natürliche oder juristische überzugehen bestimmt ist. R.) — Man hat die Aemter unter die juristischen Personen gerechnet, so unter vielen Anderen Mühlenbruch, Lehrbuch §. 199, vgl. daselbst §. 40 Note 4. Dieser Grund ist L. 25 D. ad munic. (50, 1): magistratus municipales, cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent, et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur, verum etsi non sit datum, dummodo non denegatum moribus competit. Man sieht, wenn in dieser Stelle den Municipalmagistraten Corporationsrechte gegeben wären, so würde dieß so wenig ein allgemeiner Grundsatz seyn, als bey der Curie, die sie wirklich hat. Die Stelle aber sagt dieß gar nicht, sonst müßten auch Correalgläubiger eine juristische Person seyn, von denen L. 9 D. de pact. (2, 14) sagt, unius loco habentur. Uebrigens ist jene Behauptung gewöhnlich harmlos gemeint, man pflegt den Aemtern kein Eigenthum, keine Forderungen und Schulden zuzuschreiben (in der That ist das Subiect solcher Privatverhältnisse immer entweder die natürliche Person des Beamten, oder der Fiscus), während die Rechtssätze, die Mühlenbruch a. a. O. vorträgt und mit jener Behauptung einleitet, in keinem wirklichen Zusammenhang mit ihr stehen. — Einige haben sogar Grundstücke in die Reihe der Personen gesetzt, weil es Rechte giebt, die mit dem Eigenthum eines Grundstücks verknüpft sind, und ihrem Inhalt nach wesentlich auf dieses sich beziehen (Realservituten, operis novi nuntiatio); diese schon ihrem Resultat nach höchst widernatürliche Ansicht bedarf kaum einer Widerlegung. (Dafür ist: Böcking, Inst. §. 62 und Pand. I. 38. Vgl. aber Arndts §. 41 Anm. 5. Kuntze in der Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 549 f. R.)

m) Bey Collegien hat das römische Recht die Vorschrift, daß für den Anfang wenigstens drey Glieder vorhanden seyn müssen. L. 85 D. de V. S. (50. 16). Was aber überhaupt zur rechtlichen Existenz dieser Thatsache, z. B. einer Gemeinde, einer Kirche rc., gehöre, ist eine Frage des öffentlichen Rechts jedes Staats. (Jene Stelle enthält keinen absoluten Rechtssatz und gilt auch für verbotene Collegien. Windscheid II. 60. Anm. 3. Arndts §. 44 Anm. 2. R.)

der erforderlichen Art; 2) eine Rechtsvorschrift, welche diesem Subject die Persönlichkeit beilegt, diese aber kann a) eine Rechtsregel seyn (eben so wie bey den natürlichen Personen), welche also nicht blos einen individuellen Fall betrifft; hier ist in dem einzelnen vorliegenden Fall nur zu untersuchen, ob die Voraussetzungen des Rechtssatzes vorhanden sind, und dieß ist ein Gegenstand richterlicher Thätigkeit; b) eine Concession (constitutio personalis), die nur für die einzelne juristische Person gilt, die dadurch errichtet wird. Auf einem Rechtssatz beruht unzweifelhaft die Persönlichkeit des Staats, der Gemeinden, der Kirche, der Erbschaft; dasselbe (was offenbar das natürlichste ist) bey piae causae zu leugnen, ist kein Grund vorhanden[n]). Auch bey den Corporationen außer den vorhin genannten nennt das römische Recht solche, deren Persönlichkeit auf einer Rechtsregel beruht, gegenüber anderen, die nur als einzelne durch Concession entstanden sind[o]); inwieweit die collegia, welche heutzutage vorkommen, zu den vermöge eines Rechtssatzes als Personen geltenden gehören, ist nicht nach dem römischen Recht zu entscheiden[p]).

---

n) Unser geschriebenes Recht setzt ihre Persönlichkeit voraus, ohne des Erfordernisses einer besonderen Concession mit einem Wort zu gedenken, mit der man übrigens das Erforderniß einer gerichtlichen Confirmation der Stiftung, wenn diese vorgeschrieben wäre, nicht verwechseln darf; dieß bezieht sich auf die Voraussetzung 1, nicht auf die Voraussetzung 2. Diese Frage ist bey Gelegenheit einiger neuerer Fälle vielfach zur Erörterung gekommen, vgl. unter anderen: Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Berlin in der Städtel. Erbschaftssache 1827. Elvers, Erörterungen aus der Lehre von der testament. Erbfähigkeit jurist. Personen 1827. F. A. Northoff, die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Test. des weiland ꝛc. Blum 1833. Für die Nothwendigkeit einer besonderen Concession ist aufgetreten Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städtel. Beerbungsfalls 1828, und in Glück's Commentar XL §. 143 b, auch Savigny, System II. §. 89 hat sich dafür erklärt. S. dagegen Puchta in Richter's und Schneider's Jahrb. 1840 S. 705—712. (Arndts §. 46 Anm. 4. arg. L. 24. 28. 49 C. de ep. et cler. (1, 3), L. (restituta) 46 eod. Nov. 131 c. 10. 11. 15. und in Weiske's Rechtslexikon III. S. 915. 916. Windscheid §. 60 Anm. 2. Demelius in den Jahrb. für Dogmatik IV. S. 139. Seuffert's Archiv XI. 9. XIV S. 151. Anm. 2. R.)

o) L. 1 pr. D. quod cuiusc. univ. (3, 4): vectigalium publicorum sociis permiscum est corpus habere, vel aurifodinarum etc. (nicht einzelnen, sondern allen auch künftig zusammentretenden) — item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum (hier ist von einer Concession die Rede). —

p) Vgl. Puchta a. a. O. S. 712. Uebrigens ist auch hier eine polizeiliche Genehmigung, die zu ihrer Existenz nöthig seyn kann, nicht mit einer Concession der juristischen Persönlichkeit (die kein Ausfluß der Polizeigewalt ist) zu verwechseln. Ist eine Concession nöthig, so ist jene polizeiliche Genehmigung nicht hinreichend, und ist diese nöthig, so ist damit noch nicht gesagt, daß eine Concession erforderlich

Die Aufhebung einer bestehenden juristischen Person geschieht 1) durch den Untergang des Subjects (welcher dem Tod einer natürlichen Person gleichsteht)[q], so bey einem Personenverein durch Auflösung desselben von Seiten des Staats, nicht durch bloßen Beschluß der Glieder[r], auch nicht durch das bloße Aussterben der Glieder, wodurch an sich nur ein Stillstand der Thätigkeit eintritt[s]); 2) durch die Entziehung der Persönlichkeit von Seiten des Staats, während das Subject, so namentlich der Personenverein, fortdauert[t]).

(§. 28a.

Subjectlosigkeit der Rechte und des Vermögens?

Eine Frage, welche in neuerer Zeit vielfach erörtert ist[a]), betrifft den Streit ob ein Recht, sei es ein einzelnes Privatrecht oder ein ganzes Privatvermögen ohne jedes Subject, also ohne einen natürlichen oder künstlichen Träger denkbar sei? Sie ist zu verneinen, nur Rechtsobjecte, nicht aber Rechte können als herrenlos gedacht werden. Ein herrenloses Recht, eine Macht ohne Träger würde einen innern Widerspruch enthalten[b]). Wenn daher scheinbar von herrenlosen Rechten

---

sey. Bestritten: Vgl. jedoch L. 20 D. de reb. dub. (34,5) nulla dubitatio est, quod, si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur. Windscheid §. 60 Anm. 2 a. E. Unger in der krit. Ueberschau VI. S. 148 f. Sintenis I. S. 110. Anm. 24. Arndts §. 44 Anm. 4. 5. Keller §. 39. R.)

q) L. 21 D. quib. mod. ususfr. (7, 4).

r) Dieser ist dadurch ausgeschlossen, daß bey einer Corporation eine von den Gliedern verschiedene Person existirt, deren Daseyn von ihrer Willkür unabhängig ist. (Vgl. Savigny II. S. 280. Anders Sintenis §. 15 Anm. 29. R.)

s) Dieß folgt auch aus dem Satz, daß die juristische Person bei der Reduction auf Ein Glied fortdauert, L. 7 §. 2 D. quod cuiusc. univ. (3, 4), denn von dem gegenwärtigen Bestehen eines Personenvereins kann hier so wenig die Rede seyn, als wenn momentan kein Glied mehr existirt. Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. L. 85 §. 1 D. de R. I. (50, 17). (Eine beliebige Auflösung behauptet Unger in der krit. Ueberschau VI. S. 177, eine Ausnahme (wenn dieser Fall in den Statuten der Corporation vorgesehen ist) Windscheid §. 61 Anm. 4. Arndts §. 45 Anm. 4. R.)

t) Die Berechtigung der Staatsgewalt zu einer solchen Maßregel ist eine Frage des öffentlichen Rechts. — Ueber das Schicksal der Güter einer aufgehobenen juristischen Person s. §. 564.

a) Die Litteratur s. bei Windscheid §. 49 Note 2.

b) Windscheid a. a. O. beruft sich darauf, daß das Recht kein reales Wollen, sondern nur ein „Wollendürfen" enthalte; aber selbst dieses setzt einen Träger voraus. Eine Anwendung ist, daß ein derelinquirter Sclave nicht stipuliren konnte L. 36 D. de stip. serv. (45, 3).

die Rede ist[c]), so ist lediglich der Mangel eines natürlichen Inhabers gemeint[d]). Diesem aber wird, wenn die Lücke nur eine zeitweilige ist[e]), durch das Recht eine künstliche juristische Persönlichkeit substituirt, welche als bloße Dependenz der natürlichen interimistisch in dem Rechte oder Vermögen selbst verkörpert ist. Letzteres verwandelt sich dadurch aus einer bloßen rechtlichen Macht in ein künstliches Rechtssubject, dem die einzelnen Bestandtheile unterworfen sind[f]), bis ein neuer physischer Inhaber eintritt[g]). — Ein anderer Fall, welcher mit Unrecht hierher gerechnet wird, ist der Schwebezustand zwischen zwei Eigenthümern, hier ist das Recht selbst interimistisch nicht ohne natürliches Rechtssubject[h]). R.)

Zweites Kapitel.

Der Inhalt der Rechte.

Rechtsverhältnisse und Rechte.

§. 29.

Rechtsverhältnisse sind Beziehungen der Menschen auf einander, die als Ausflüsse der rechtlichen Freiheit betrachtet werden, der Freiheit

c) L. 1 pr. D. de rer. div. (1, 8), L. 13 §. 2 D. ad leg. Aquil. (9, 2), L. 15 §. 5 D. quod vi aut clam (43, 24), L. 3 pr. §. 6 L. 19 §. 5 D. de neg. gest. (3, 5).

d) L. 22 D. de fideiuss. (46, 1), L. 13 §. 5 cit. (quod eo tempore nemo dominus fuerit). (Nemo = ne homo.) L. 11 pr. D. de pec. const. (13, 5), L. 55 §. 1 D. de leg. 2 (31) L. 6 §. 1 D. expil. hered. (47, 19) (rei hereditariae sicut nec eius quae sine domino est), L. 61 §. 1 D. de A. R. D. (41, 1).

e) So bei Ungeborenen, Gefangenen, ruhenden Erbschaften.

f) L. 36 D. de stip. serv. (45, 3). Die Worte 'qui universo hereditatis iure continetur', welche Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts S. 205 Note 11 für die Subjectlosigkeit anführt, bezeichnet vielmehr umgekehrt den Nachlaß auch als das Subject der einzelnen Nachlaßsachen, weil er Subject der Gesammtheit ist. Eine Anwendung ist, daß der Erbschaftssclave für sich selbst und den Nachlaß, nicht aber für den Verstorbenen oder einen bestimmten künftigen Erben stipuliren kann. L. 41 D. de R. C. (12, 1), L. 16 L. 18 §. 1, L. 28 §. 4, L. 35, L. 36 D. de stip. serv. (45, 3).

g) L. 24 D. de novat. (26, 2). Die Vorstellung subjectloser Rechte scheint durch den Mangel eines Substrats entstanden, wie es die Corporation in den Gliedern der universitas besitzt. In der That aber bilden nicht diese, sondern die universitas das Vermögenssubject Ulp. 22, 7. Vgl. überhaupt Dworzak in der österr. V. J. Schr. XI. (1863) 2.

h) L. 12 §. 5. L. 70 §. 1 D. de usufr. (7, 1) und dazu Göppert, über die organischen Erzeugnisse (1869) S. 300—313, v. Scheurl, zur Lehre von den Nebenbestimmungen S. 124. — Vgl. auch L. 9 pr. L. 17 D. de neg. gest. (3, 5).

also, die dem Willen als solchem und abgesehen von seiner moralischen Qualification zukommt, mit einem Wort: Verhältnisse, in denen die Menschen als Personen stehen (§. 22). Die Thätigkeit des moralischen Willens ist die Entscheidung für das Gute oder Böse, die des rechtlichen, also die Thätigkeit der Personen als solcher, ist die Unterwerfung von Gegenständen. Das Resultat dieser Unterwerfung, sofern sie ein Ausfluß der rechtlichen Freiheit, also den Rechtsvorschriften gemäß ist, ist eine rechtliche Macht über den Gegenstand, ein Recht an demselben, welches der Person zusteht. Diese Rechte bilden den Kern der Rechtsverhältnisse, die Rechtsverhältnisse sind Complexe von Rechten, die durch den Verkehr der Personen in Beziehung und Wirkung auf einander gesetzt werden, und die rechtliche Beurtheilung und Auseinandersetzung der Verhältnisse besteht eben darin, daß die darin enthaltenen Rechte erkannt, ihre Wirkungen und Modificationen in dieser Verbindung bestimmt werden[a]).

Begründung der Rechte.

§. 30.

Die Rechtsvorschrift, aus der die Person ein Recht ableitet, ist regelmäßig eine allgemeine, entweder ius commune oder singulare (§. 21). Die durch ein ius singulare begründeten Rechte heißen Rechtswohlthaten oder privilegia. Es liegt in der Natur der singulären Rechte, daß sie im Fall einer Collision mit solchen, die sich aus dem ius commune ableiten, vorgehen; der Fall einer Collision der Privilegien unter sich ist zum Theil durch einen besonderen Vorzug, den das Recht dem einen vor dem anderen giebt, entschieden[b]), außerdem wird

---

a) (Hier ist zu viel behauptet: 1) daß Rechtsverhältnisse nur Beziehungen der Menschen auf einander enthalten: auch die Beziehungen zu Sachen und die Beziehungen juristischer Personen sind Rechtsverhältnisse; 2) daß sie nur Ausflüsse der rechtlichen Freiheit umfassen: denn auch thatsächliche Verhältnisse, wie der Besitz, das Domizil, die öffentliche Meinung zählen dahin, sobald die Rechtsordnung sie ergreift; 3) daß sie Complexe von Rechten darstellen: das ist wenigstens nicht nothwendig. Vgl. Windscheid §. 37 Note 3. R.)

a) In diesem Sinn, der im römischen Recht fast der ausschließliche des Worts ist, s. Savigny, System I. S. 65 f. Häufig hat dieser Name Veranlassung gegeben, sie mit den Privilegien in einem ganz besonderen Sinn (§. 31) zusammenzuwerfen (wie dieß z. B. auch von Mühlenbruch, Lehrbuch I. §. 80—82, geschieht), und so zwey sehr abweichende Begriffe und Rechtslehren zu verwirren.

b) So dem beneficium in integrum restitutionis minorum vor dem der Filiifamilias ex S. C. Macedoniano und der Frauen ex S. C. Velleiano L. 11 §. 7, L. 12 D. de minor. (4, 4), ferner manchen Pfandrechts- und Forderungs-Privilegien vor anderen.



die Entscheidung aus den Grundsätzen der Classe von Rechten, der sie angehören, zu entnehmen seyn, entweder auf Erhaltung des Status quo (melior est condicio possidentis)[c]), oder auf Concurrenz in der Ausübung pro rata[d]). Das Subject des singulären Rechts bestimmt sich verschieden, je nachdem die Begünstigung gewissen Personen (privilegium personae) oder gewissen Rechtsverhältnissen (privilegium causae) zugedacht ist; hier ist jeder, der in diesem Rechtsverhältniß auf die vorausgesetzte Art sich befindet, das Subject, und das Subject des Beneficiums wechselt mit dem des Rechtsverhältnisses, dort hingegen ist die Rechtswohlthat mit der Person verknüpft, und geht nicht mit dem Rechtsverhältniß über[e]). Der Privilegirte hat übrigens die Wahl zwischen seinem singulären Recht und dem ius commune: invito beneficium non datur[f]), dieß folgt auch aus dem Grundsatz, daß ihm die Rechtswohlthat nicht zum Nachtheil gereichen soll[g]); verwirkt aber wird die Ausübung des Beneficiums überall, wo sich der Privilegirte durch unrechtliches Verhalten dieser Gunst unwürdig macht[h]).

§. 31.

Es giebt Rechte, die sich überall nicht auf einen Rechtssatz, weder gemeinen noch singulären, gründen, sondern auf eine Concession, constitutio personalis, die ein Recht ohne Consequenz für andere gleiche Fälle verleiht. Ein solches Recht heißt Privilegium in einem besonderen Sinn[i]). Das Privilegium ist stets einem Individuum gegeben, entweder einer bestimmten Person, über die es nicht hinausgeht, wenn es auch seinem Inhalt nach zu einer sonst veräußerlichen und vererb-

c) L. 11 §. 6, L. 34 pr. D. de minor. (4, 4), L. 10 D. de pignor. (20, 1) etc. Aehnlich ist die Entscheidung der Prävention: occupantis melior est conditio, wenn zwey Gleichberechtigte gegen einen Dritten auftreten; die Prävention geschicht aber dadurch, daß man ein richterliches Urtheil für sich erlangt. L. 14 pr. D. de in noxal. act. (9, 4), L. 10 D. de pecul. (15, 1).

d) So z. B. bey den Forderungsprivilegien §. 248.

e) L. 68. 196 D. de R. I. (50, 17). Bey dem Beneficium ist jedoch zu unterscheiden ein mittelst des Beneficiums schon erworbenes Recht. L. 6 D. de in integr. rest. (4, 1), L. 18 §. 5 D. de minor. (4, 4).

f) L. 69 D. de R. I. (50, 17). Selbst wenn schon ein auf das ius singulare gegründetes Urtheil gegeben wäre. L. 41 D. de minor. (4, 4).

g) L. 6 C. de legib. (1, 14).

h) So z. B. L. 10 §. 1 D. de fidei. (46, 1) und bey den einzelnen Beneficien der in integrum restitutio, des S. C. Macedonianum, des S. C. Velleianum.

i) (Schlayer, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. [1854] XII. Num. 2. R.) Man hat privilegia favorabilia und odiosa unterschieden. Blos die ersteren gehören hierher, die letzteren sind constitutiones personales, aus denen kein Recht entspringt.

lichen Classe von Rechten gehörte (personelles Privilegium), oder einem Sachindividuum, so daß es dem jedesmaligen Eigenthümer der Sache zusteht (Realprivilegium)[k]). Der Inhalt der einzelnen Privilegien ist verschieden nach der Beschaffenheit des ertheilten Rechts, welches verschiedenen Classen von Rechten zugehören kann, z. B. den dinglichen Rechten, Forderungen, Befreiungen ꝛc.[l]).

Die Privilegien entstehen durch Concessionen des Regenten, und dieß ist es eben, was dem Recht einen besonderen Charakter aufdrückt[m]). Der Beweis der Concession aber kann ersetzt werden durch unvordenkliche Zeit[n]). Sie endigen sich theils nach Art der Rechte, in deren Classe sie ihrem Gegenstand nach gehören[o]), theils auf eigenthümliche mit ihrer Entstehung zusammenhängende Weise: durch Widerruf, wenn dieser vorbehalten ist, oder ein rechtmäßiger Grund (Staatswohl, Mißbrauch) eintritt, durch Richterspruch wegen Mißbrauchs nach vorhergegangener fruchtloser Verwarnung[p]), durch den Tod des Verleihers, wenn sie ad suae voluntatis beneplacitum verliehen sind[q]), Personalprivilegien durch den Tod des Berechtigten, Realprivilegien durch den Untergang der Sache (Note k).

---

k) L. 1 §. 2 D. de const. princ. (1, 4), L. 1 §. 43 D. de aqua (43, 20), L. 1 §. 1 D. de iure immun. (50, 6), L. 3 §. 1 D. de censib. (50, 15).

l) Unpassend hat man überall auf Privilegien die Grundsätze von Servituten anwenden wollen, daher man auch die Klage aus einem Privilegium actio confessoria zu nennen pflegt.

m) Falsch ist die Eintheilung in priv. conventionalia und non conventionalia. Die Entstehung ist stets ein einseitiger Act, kein Vertrag. Ein anderes ist, ob für das Privilegium etwas geleistet wird, priv. onerosum, oder ob es unentgeltlich verliehen ist, priv. gratuitum.

n) cap. 26 X. de V. S. (5, 40), cap. 1 de praescr. in VI (2, 13), R. A. 1548 §. 56, R. A. 1576 §. 105.

o) Darnach entscheidet sich auch die Frage, ob das Privilegium sich durch Nichtgebrauch endige. Besonders entschieden ist 1) im römischen Recht, daß die Concession eines Jahrmarkts durch Nichtgebrauch von 10 Jahren untergehe L. 1 D. de nundin. (50, 11), 2) im canonischen Recht, die Zehntfreiheit in 30 und 40 Jahren cap. 6. 15 X. de privil. (5, 33). Unrichtig ist die Ausdehnung dieser Endigungsart auf alle, oder auf alle negativen Privilegien, s. darüber Hufeland, (veränd. allg. Ansicht der Lehre von den Priv.) über den eigenthüml. Geist des R. R. ꝛc. I. S. 211 ff. (1815). Fritz, Zeitschr. für Civilr. und Civilproc. IV. 6 (1831). (Steppes, Zeitschr. für Civilr. und Proceß XIV. Nr. 5 [1840], welcher c. 6 u. 15 auf den Untergang eines Privilegii durch Verzicht bezieht. Vgl. auch C. Th. v. Kleinschrod, die internationale Patentgesetzgebung 1855. R.)

p) Vgl. §. 14 Note d. L. 3 C. de aquaed. (11, 42), c. 7 D. 74. Glück, Commentar II. §. 107—109.

q) Cap. 5 de rescr. in VI (1, 3).

Verschiedener Inhalt der Rechte.

§. 32.

Der Inhalt der Rechte bestimmt sich theils durch die Stellung der Person und den Einfluß, den diese auf den rechtlichen Willen hat (§. 33—45), theils durch den Gegenstand, der vermöge eines Rechts dem Willen unterworfen ist, und dessen Natur auf das Recht zurückwirkt (§. 46)[a].

I. Verschiedenheit der Rechte nach der Stellung der Personen.

§. 33.

Der Mensch steht in Rechtsverhältnissen als Einzelner, als Glied der Familie, des Volks (oder der rechtlichen Form dieser Verbindung: des Staats), der Kirche. Diese Stellungen der Personen haben einen bestimmenden Einfluß auf die Beschaffenheit ihres rechtlichen Willens, die Rechtsverhältnisse selbst haben eine verschiedene Natur, je nachdem sie sich auf die eine oder die andere Stellung ihrer Subjecte beziehen, und der Bestimmung des Menschen, in der einen oder anderen Sphäre zu wirken, entsprechen. Die, in welchen wir den Menschen als Einzelnen, d. h. abgesehen von seiner Eigenschaft als Glied jener organischen Verbindungen, denken können, sind die Vermögensverhältnisse, diejenigen, deren Subject der Mensch als Glied eines jener Ganzen ist, sind Familienverhältnisse, öffentliche, kirchliche Rechtsverhältnisse. Das Recht selbst, welches den Verhältnissen ihre Regel giebt, ist daher dreifach: Privatrecht, öffentliches Recht, Kirchenrecht[a]). Das Privatrecht zerfällt in Vermögensrecht und Familienrecht.

---

a) (Abweichende Constructionen haben neuerdings versucht 1) Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse 1866. Vgl. darüber Windscheid §.39 Note 1 a. E., §.42 Note 3 a. E., §.43 Note 2a; 2) Ziebarth, die Realexecution und die Obligation 1866 S. 192, welcher aus der heutigen Realexecution den Satz herleitet, daß die heutigen Forderungsrechte „zur Sache", d. h. die Ansprüche auf dare und tradere relativ dingliche Rechte gegen den unredlichen Erwerber erzeugen. Es ist jedoch nicht wohl abzusehen wie der bloße Executionsmodus den Charakter des Rechts an sich alteriren und doch wieder nur gegenüber dem unredlichen Besitzer alteriren sollte. Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilproceß III. §. 158, 10. Windscheid §. 43 Note 6. R.)

a) Vgl. Puchta, Cursus der Instit. I. §. 21—27. Die römischen Juristen geben nur zwey Theile: ius privatum und publicum. Die religiöse Verbindung konnte ihnen nur als ein Theil des Staats, das ius sacrum nur als eine Abtheilung des ius publicum erscheinen. L. 1 §. 2 D. de I. et I. (1, 1), und auch unter den christlichen römischen Kaisern war diese Anschauung noch mächtig genug, um die Aner-

A. Vermögensrecht.

§. 34.

Als Einzelner gedacht steht der Mensch den Dingen der äußeren Natur gegenüber. Das Vermögensrecht bestimmt die Verhältnisse, welche sich auf die Dinge beziehen, theils insofern sie der rechtlichen Macht einer Person unterworfen sind (Besitz und Eigenthum nebst den abgesonderten Eigenthumsrechten), theils sofern sie in ihre Macht erst gebracht werden sollten (Obligationen). Der juristische Name für jene Dinge der äußeren Natur ist Sache, die Sache ist daher die Grundlage des Vermögens, und Vermögen ist die Gesammtheit der Rechte einer Person, die entweder in der Macht über eine Sache bestehen, oder in dieser ihr Aequivalent finden[a]). So wie nun jedes einzelne Vermögensrecht einen Sachwerth hat, so entspricht auch dem ganzen Vermögen ein solcher Werth. Um diesen zu finden, ist es nicht genug, die Rechte (die activen Bestandtheile des Vermögens) anzuschlagen, sondern es sind von ihrem Werth die Schulden abzuziehen[b]); ein Gegenstand, den ich einem Anderen zu leisten verpflichtet bin, hat dadurch specifisch nicht aufgehört, zu meinem Vermögen zu gehören, aber er geht dem Werth meines Vermögens ab. Darum aber eben ist es nothwendig, auch die Schulden (als passiven Bestandtheil desselben) unter dem Vermögen mit zu begreifen[c]).

Von den Sachen und ihren Eigenschaften.

§. 35.

Sache ist ein von der Person äußerlich unabhängiger, aber gänzlich der Unterwerfung unter ihren Willen bestimmter körperlicher Gegenstand. Dieser Begriff der Sache unterliegt einigen Modificationen, und zwar in zwey Punkten:

---

kennung der Kirche als einer gegen den Staat innerlich selbstständigen Verbindung, und damit des Kirchenrechts als eines dritten den beiden anderen coordinirten Theils des Rechts auszuschließen. — Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks ius publicum s. Savigny, System I. S. 60.

a) Vgl. L. 49 D. de V. S. (50, 16).

b) L. 39 §. 1 D. eod.: bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt. Dieser Ausspruch gilt für alle Fälle, wo es sich um den Werth des Vermögens, namentlich also um einen Gewinn, der jemandem dadurch geworden ist oder werden soll, handelt.

c) L. 3 pr. D. de bonor. poss. (37, 1). Diese Behandlung, bey der ein Vermögen existirt, in welchem Verhältniß auch active und passive Bestandtheile stehen mögen (sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum), tritt überall ein, wo es sich um das Vermögen als juristische Gesammtheit handelt.

1) Der Begriff der Sache ist über die körperlichen Gegenstände hinaus erweitert worden. Eine solch e Erweiterung liegt nicht in der Eintheilung in res corporales und incorporales, denn diese ist nicht als eine Eintheilung der Sachen gemeint[a]), sondern als eine Eintheilung der Dinge und Gegenstände, bey der unter den incorporalia die Rechte außer dem Eigenthum verstanden werden[b]), aber darin, daß in manchen Beziehungen eine Gesammtheit von Sachen als Eine Sache behandelt wird[c]). Ein Ganzes von Sachen läßt sich denken: a) als ein körperliches, von körperlich zusammenhängenden Sachen (s. g. universitas rerum cohaerentium), dieses als eine Sache zu behandeln, ist dem Begriff der Sache vollkommen gemäß; b) als ein unkörperliches, von körperlich getrennten Sachen, die nur durch eine gemein-

a) (Dieses Mißverständniß war sonst sehr gewöhnlich, und hat durch die Uebertragung der Grundsätze von den Sachen auf die res incorporales bedeutende Irrthümer erzeugt (z. B. Kuntze, Obl. und Sing. Succ. 1855 S. 67, der den Begriff der successio in rem auf die Sache bezieht, statt auf das Eigenthum. Vgl. dagegen L. 15 §. 2 D. de contr. empt. (18, 1), L. 34 pr. in fin. D. de poss. (41, 2), L. 177 pr. D. de reg. iur. (50, 17), Arndts §. 56 Anm. 2. Desgleichen bei der Construction des Servituten- und Pfandrechtsbegriffs §. 178 c. §. 193 d. R.)

b) Inst. II. 2: de rebus incorporalibus. Ulpian. XIX. 11. L. 1. §. 1 D. de div. rer. (1, 8), L. 12 in f. C. de praescr. l. t. (7, 33). (Diese „Dinge und Gegenstände" sind nichts anderes als Rechte, die nur darum durch res bezeichnet werden, weil sie außerhalb der Person liegen, also Vermögensrechte. Rudorff, röm. Rechtsgeschichte I. S. 174 Note 11. Wäre res „Gegenstand" so wäre res corporalis nicht etwa das Recht selbst, sondern ein Gegenstand, dessen Gegenstand wiederum eine Sache (corpus) wäre. R.)

c) L. 1. §. 3, L. 3 pr. D. de R. V. (6, 1), L. 13 pr. 34 pr. D. de pignor (20, 1), L. 22 D. de leg. I. (30). Vgl. L. 30 §. 2 D. de usurp. (41, 3). (Brinz, Pand. §. 50: „Jene manchen Beziehungen lösen sich — in eine einzige auf. Nur der Vindication zulieb ist Ein Eigenthum an einer Gesammtheit einzelner Sachen aufgestellt worden; so gewinnt es denn auch lediglich in der Vindication Bedeutung und Daseyn; darüber hinaus halten wir es sogar für undenkbar." Dagegen Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 217 f. 237 f. Dernburg, Pfandrecht I. 454 f. Göppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach röm. Recht 1871 S. 96—104, welche ausführen, daß der Beklagte nur die Thiere restituirt, an welchen Kläger das Eigenthum speziell nachgewiesen hat, mithin an dem Ganzen so wenig Eigenthum, Nießbrauch, Pfandrecht wie Besitz möglich ist (L. 30 §. 2 D. de usurp. 41, 3). Die intentio 'gregem meum esse' enthält trotz der Fassung in ius nur eine prozessualische Ausnahme der regelmäßig erforderlichen Spezialvindication (L. 1 §. 1, L. 3 §. 1, L. 6 D. de R. V. (6, 1) vgl. mit L. 7 pr. L. 21 §. 2 D. de exc. r. iud. (44, 2), L. 1 §. 1 D. de instr. (33, 7), L. 6 §. 1 D. de pec. leg. (33, 8). Darin liegt eine Erleichterung und Milderung des strengen Rechts. Eine Pluspetition z. B. ist erst vorhanden, wenn dem Kläger nur die Minderzahl gehört L. 2 D. de R. V. (6, 1). Vgl. Gai. 4, 17. — Außerdem kommt die Heerde bei dem Legat als corpus ex distantibus in Betracht. Vgl. §. 18 J. de leg. 2, 20, L. 42 de leg. I. (30). Göppert, a. a. O. S. 106 f. R.)

same Bestimmung, der sie vollständig unterworfen worden sind, also innerlich verbunden sind, z. B. Heerde, Waarenlager (s. g. universitas rerum distantium); die Behandlung eines solchen unkörperlichen Ganzen als Sache ist unter jener Ausdehnung des Begriffs der Sache verstanden [d]).

2) Manche Sachen sind durch das Recht der rechtlichen Unterwerfung entzogen worden, es giebt res quarum non est commercium [e]). Am vollständigsten gilt dieß von den res sacrae (dem Gottesdienst durch eine priesterliche Handlung geweiht) und religiosae (Begräbnißstätten), welche eben darum, weil sie dem menschlichen Recht ganz entzogen seyn sollen, res divini iuris heißen (unterschieden von dem Kircheneigenthum, res ecclesiae) [f]), und auf ähnliche Weise, als res sanctae, werden Stadtmauern und Stadtthore behandelt [g]). Am nächsten kommen jenen Sachen die res omnium communes, die eben darum Keinem ausschließlich gehören können; aër, aqua profluens, et mare et per hoc litora maris [h]). Ist aber die Ausscheidung eines Theils aus

---

d) L. 30 pr. D. de usurp. (41, 3). (Vgl. Göppert a. a. O. S. 70 f., welcher nachweist, daß die in dieser Stelle enthaltene der stoischen Physik entlehnte Dreitheilung (ἡνωμένα, συνημμένα und διεστῶτα) nicht als allgemeine Grundlage des Sachenrechts, wohl aber in der speziellen Lehre von der rerum mixtura und der Vindication eine grundlegende Bedeutung gefunden hat. R.) Keine solche universitas rerum ist eine Mehrheit von Sachen, die zusammen zum Dienst einer anderen Sache bestimmt sind. L. 3 §. 1 D. de R. V. (6, 1). — Eine sonst herrschende Ansicht war, zwey Arten von universitates rerum (zum Theil in Folge des Note a berührten Irrthums) zu unterscheiden, universitates facti s. hominis (die hier besprochene) und universitates iuris (hereditas, peculium, dos), von denen die Regel gelten sollte: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei (vgl. unten §. 149). S. dagegen Hasse, über universitas iuris et rerum und über Universal- und Singularsuccession, Archiv für civil. Praxis V. 1 (1822), und Mühlenbruch, über die s. g. iuris und facti universitates das. XVII. 12. (1834). — Wegen einiger anderer, in neuerer Zeit über die universitates rerum vorgekommener Irrthümer vgl. Puchta, Cursus der Institut. II. §. 222 Note g. i. (Gleichartigkeit der Gegenstände, z. B. Waarenlager? Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß XX. Num. 6 [1844] S. 199 ff. R.)

e) Dig. I. 8: de divisione rerum et qualitate. Cod. IV. 40: quae res venire non possunt, et quae vendere vel emere vetantur. Vgl. Puchta, Cursus d. Instit. II. §. 223. (Böcking, Pand. §. 69—72. Wappäus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach römischem und heutigem Recht. 1867. R.)

f) L. 1 pr. 6 §. 3. 4. D. de div. rer. (1, 8), L. 40 D. de relig. (11, 7), L. 21 C. de ss. eccles. (1, 2), L. 14 C. de legat. (6, 37). Diese Ansicht ist übertragen worden auf die christlichen Verhältnisse, die evangelische Kirche hat sie verworfen, indem sie diese Sachen als Kircheneigenthum behandelt.

g) L. 8 pr. 9 §. 3. 4., L. 11 D. de div. rer. (1, 8).

h) L. 2—4 eod., L. 96 pr. 112 D. de V. S. (50, 16).

dem Ganzen (so beim Meer und Meeresufer) möglich, so ist dieser Theil Gegenstand des Eigenthums, solange die Ausscheidung dauert[i]). Von den Sachen sodann, die im Eigenthum des Staats oder einer Gemeinde sind (res publicae), sind dem Eigenthum der Privatpersonen schlechthin entzogen die, quae in publico usu habentur, namentlich der zu öffentlichen Plätzen und Straßen, auch Wasserstraßen (Flüssen, Canälen, Seen, Häfen) dienende Boden, solange er diese Bestimmung hat[k]). Anders die übrigen res publicae, welche die pecunia populi bilden, und die nur ausnahmsweise, indem sie für unveräußerlich erklärt werden, dem Privateigenthum entzogen seyn können[l]). So können endlich noch andere Sachen (z. B. schädliche Substanzen) durch besonderes Verbot dem Privateigenthum entzogen seyn, worüber sich keine allgemeine Regel geben läßt.

§. 35a.

Der Schutz der Sachen, welche dem Privatrecht entzogen, und ihre Erhaltnng für den Gebrauch, zu dem sie bestimmt sind, ist eine Aufgabe der Behörden, der sie eine von Parteianträgen unabhängige Thätigkeit zu widmen haben[m]), und dieses officielle Einschreiten ist heutzutage der gewöhnliche Weg, wie Verletzungen jener Sachen beseitigt werden. Das römische Recht eröffnet aber noch einen anderen Weg, den eines Civilverfahrens durch eine Klage gegen den Verletzer, die entweder jedem Glied des Gemeinwesens als Vertreter der Gesammtheit (Popularklage), oder dem zunächst durch die Verletzung Betroffenen gegeben wird[m*]). Diesen Klagen, besonders denen der letz-

i) L. 6 pr. 10 D. de div. rer., L. 14. 50 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 3. 4 D. ne quid in loco publ. (43, 8), L. 1 §. 17 D. de flumin. (43, 12).

k) L. 6 pr. D. de contr. emt. (18, 1), L. 24 pr. D. de damno inf. (39, 2), L. 2 §. 2. 17. 21 sqq. D. ne quid in loco publ. (43, 8), L. un. D. ut in flum. publ. (43, 14), L. 15—17 D. de V. S. (50, 16). Verschieden davon ist Privateigenthum, das in publico usu ist. L. 5 pr. D. de div. rer. (1, 8), L. un. pr. §. ult. D. ut in flum. publ., L. 15 D. de adqu. dom. (41, 1). (Streitfrage: ob das Recht des Staats an den res publicae ein publicistisches („Staatshoheitsrecht") oder privatrechtliches (Eigenthum) sei? Ersteres wurde von Keller (1859. 1860. 1861) und Ihering (in zwei Gutachten Nr. I Leipzig 1862, Nr. II Basel 1862, vgl. dessen Geist des röm. Rechts III. S. 336 Note 476), letzteres von Dernburg (1862) in dessen Rechtsgutachten über die Festungswerke der Stadt Basel ausgeführt. Vgl. Windscheid, §. 146 Anm. 17. R.)

l) Vgl. L. 39 §. 10 D. de legat. I. (30).

m) S. auch Dig. XLIII. 10: de via publica et si quid in ea factum esse dicetur.

m*) (Bruns, Zeitschr. für Rechtsgeschichte III, 3 (1864) S. 406 f. unterscheidet mit Recht die eigentlichen Popularklagen aus dem eigenen Recht des Gebrauchs

teren Art, ist auch heutzutage noch Statt zu geben, wo nicht eine stets bereite und überall ausreichende Amtsthätigkeit sie überflüssig macht.

Zum Schutz der res divini iuris ist bestimmt 1) das interdictum ne quid in loco sacro fiat gegen den, welcher an einem geheiligten Ort etwas demselben nachtheiliges unternimmt[n]), als Kläger kann jedes Glied der betreffenden Religionsgemeinschaft auftreten; 2) das interdictum de mortuo inferendo, welches, um die Beerdigung zu beschleunigen, jedem, der ein Begräbnißrecht an dem Ort hat, und an der Bestattung gehindert wird, ja sogar wenn sein Recht bestritten ist, auf provisorische Beisetzung des Todten gegeben wird[o]); 3) das interdictum de sepulcro aedificando, welches der an der Errichtung eines Grabmahls auf der ihm zuständigen Begräbnißstätte Verhinderte gegen den Störer hat[p]); 4) eine Klage gegen den absichtlichen Verletzer einer Grabstätte, für den speciell Berechtigten auf eine durch richterliches Ermessen zu bestimmende Summe, sonst als Popularklage auf 100, und wenn die Verletzung durch Einrichtung einer Wohnung auf dem Grabmal oder Verbauen desselben geschah, auf 200 aurei[q]).

Zum Schutz der öffentlichen Plätze und Wege und ihres Gebrauchs[r]) sind bestimmt: 1) ein Interdict für den, welcher durch die Vorrichtungen eines Anderen auf einem locus publicus benachtheiligt, sey es auch nur, daß ihm ein Vortheil (des Mitgebrauchs, Zugangs, der Aussicht rc.) entzogen wird[s]); es geht auf Unterlassung jener Vorrichtung, und setzt daher ihre Nichtvollendung voraus (es ist prohibitorisch, nicht restitutorisch), die Beseitigung einer schon vollendeten bleibenden Vorrichtung ist Sache der Behörde[t]); es fällt weg, wenn der Unternehmer eine von ihm nicht überschrittene obrigkeitliche Erlaubniß für sich hat[u]);

---

und der Reparatur öffentlicher Sachen, von den blos procuratorischen. Die hier fraglichen Popularinterdicte gehören sämmtlich der ersten Klasse an. Vgl. L. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. (43, 8). Jhering, Geist des röm. R. I. S. 187. R.)

n) L. 1 D. ne quid in loco sacro (43, 6).

o) L. 1 pr. §. 1—4 D. de mortuo infer. (11, 8), L. 43 D. de relig. (11, 7).

p) L. 1 §. 5—10 D. de mortuo infer. (11, 8).

q) L. 3 pr. D. de sep. viol. (47, 12).

r) Nicht jedes öffentliche Grundeigenthum wird hier unter loca publica verstanden, sondern nur das dem gemeinen Gebrauch bestimmte. L. 2 §. 2—5 D. ne quid in loco publico (43, 8). Dig. XLIII. 7: de locis et itineribus publicis.

s) L. 2 §. 10—15 D. ne quid in loco publ. (43, 8). (Reinhard, Archiv für civ. Pr. XXXII [1849] S. R.)

t) L. 2 pr. §. 17. 18, L. 7 eod.

u) L. 2 pr. §. 10 eod. — Wer außer jenem Fall an dem Gebrauch eines locus publicus (der nicht ein Weg ist, s. nachher das Interdict 4) gehindert wird, hat nur die actio iniuriarum. L. 2 §. 9 eod.

2) ein Popularinterdict gegen den, welcher auf einer Landstraße etwas macht oder darauf bringt, wodurch der Weg verschlimmert und seine Benutzung erschwert wird, auf Unterlassung[v]), gegen den Besitzer der schon gemachten Vorrichtung auf Wiederherstellung der Straße in ihren vorigen Zustand[w]); 3) eine Popularklage gegen den, welcher an einem Gebäude bey einem öffentlichen Weg etwas hat, so daß es herabfallen und jemanden beschädigen kann, also die Benutzung des Wegs auf diese Art gefährdet (qui positum vel suspensum habet, nicht blos wer es so gefährlich angebracht hat, sondern auch, wer an seiner Wohnung dergleichen duldet), auf 10 solidi[x]); 4) ein Interdict für den, welcher an dem Gebrauch einer öffentlichen Straße gehindert wird[y]); 5) ein Interdict für den, welcher an der Ausbesserung eines öffentlichen Wegs gehindert wird[z]); 6) das interdictum de cloacis publicis gegen den, welcher etwas einer öffentlichen Cloake nachtheiliges unternimmt, auf Unterlassung und Wiederherstellung[aa]).

Zum Schutz der öffentlichen Gewässer[bb]) und ihres Gebrauchs dienen: 1) das Interdict gegen den, welcher in einem öffentlichen Fluß oder auf seinem Ufer etwas der Schiffahrt irgendwie hinderliches vor-

v) L. 2 §. 20—34 eod.

w) L. 2 §. 35—44 eod.

x) L. 5 §. 6—13 D. de his qui effud. (9, 3).

y) L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

z) L. 1 D. de via publ. et itinere publ. reficiendo (43, 11).

aa) L. 1 §. 15. 16, L. 2 D. de cloacis (43, 23). (Schmidt [v. Ilmenau], Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV. 3 [1850]. R.)

bb) Solche sind nach römischem Recht alle perennirende Flüsse; nimmt ein solcher seinen Lauf über ein Privatgrundstück, so ist er darum so wenig ein flumen privatum, daß er vielmehr das Grundstück, soweit das Wasser geht, ebenfalls zum öffentlichen macht. L. 1 §. 2—10, L. 3 D. de fluminibus, ne quid in flum. publ. ripave eius fiat, quo peius navigetur (43, 12). — Vgl. Funke, Beitr. zum Wasserrecht, Archiv für civ. Pr. XII. 15 (1829). Kori, das. XVIII. 2 (1835). Elvers, das Recht des Wasserlaufes, Neue Themis I. 13 (1841). (Schwab, die Conflicte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benutzung der letzteren zum Maschinenbetrieb. Ein Beitr. zur Lehre vom Wasserrecht. Beilageheft zum Archiv für civ. Pr. Praxis. XXX. Band (1847). Börner, daselbst XXXVIII. 7. 5. Endemann, das ländliche Wasserrecht (nach gemeinem und kurhessischem Recht) 1862. Hesse, Jahrb. für Dogm. VII. 5 (1865). Heimbach in Weiske's Rechtslexicon XIV. S. 86 f. Kappeler, der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs, entwickelt nach den Quellen des röm. Rechts 1867. Windscheid, §. 146, 3. (— Streitig ob Bäche (rivi) als beständig fließende Gewässer dem gemeinen Gebrauch unterliegen? Dafür Börner, S. 115 f. Hesse, S. 181. Kappeler, S. 43. Seuffert, Archiv XIV. 201. XVIII. 7. XIX. 178. XXI. 12. Buchka und Budde, Entsch. des O. A. G. zu Rostock V. S. 68. Dagegen u. A. Windscheid, §. 146, 7 wegen L. 1 pr. §. 1. 4 D. de flum. (43, 12), 'nihil differt a ceteris locis privatis.' R.)

nimmt, auf Unterlassung[cc]), und gegen den Besitzer der nachtheiligen Vorrichtung auf Wiederherstellung des früheren Zustandes[dd]); 2) ein Popularinterdict gegen den, welcher den Wasserlauf durch eine Vorrichtung im Fluß oder am Ufer, gegen den Zustand desselben im vorigen Sommer, ändert, auf Unterlassung, gegen den Besitzer auf Wiederherstellung[ee]); 3) ein Interdict für den in dem rechtmäßigen Gebrauch eines öffentlichen Gewässers Gestörten[ff]); 4) das interdictum de ripa munienda für den, welcher in einer zum Schutz der Ufer eines öffentlichen Gewässers oder seines anliegenden Grundstücks bestimmten Vorrichtung gestört wird, vorausgesetzt, daß er die Schiffahrt nicht beeinträchtigt und den übrigen Anliegern damni infecti cautio auf zehn Jahre wegen des Nachtheils leistet, den ihnen sein Vornehmen bringen kann[gg]).

Beweglichkeit, Dauer, Fungibilität.

§. 36.

Manche natürliche Eigenschaften der Sachen begründen Unterschiede und Eintheilungen derselben, die auch für das Recht wichtig sind. So steht der Grund und Boden, solum, nebst dem, was wesentlich mit ihm zusammenhängt, res soli (Pflanzen, Gebäude)[a]), als unbewegliche Sache den übrigen, die einer Ortsveränderung durch eigene Kraft (se moventia) oder fremde ohne Veränderung ihres Wesens fähig sind, bewegliche, res mobiles, moventes, gegenüber[b]). Die abgetheilten Stücke des Bodens, Grundstücke, praedia[c]), sind ent-

cc) L. 1 pr. §. 11—16, L. 2 eod.

dd) L. 1 §. 19—22 eod. Diese Interdicte sind auch auf das Meer, und auf nichtschiffbare Flüsse (wenn sie auf die Schiffbarkeit anderer Einfluß haben?) ausgedehnt. L. 1 §. 17. 18 eod.

ee) Dig. XLIII. 13: ne quid in flumine publ. fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit.

ff) Dig. XLIII. 14: ut in flum. publ. navigare liceat.

gg) Dig. XLIII. 15: de ripa munienda.

a) L. 40 D. de A. E. V. (19, 1), L. 7 §. 10, L. 60 D. de adqu. dom. (41, 1).

b) L. 93 D. de V. S. (50, 16), L. 15 §. 2 D. de re iud. (42. 1) u. a. Wenn das Vermögen in bewegliches und unbewegliches eingetheilt wird, so ist bey den Rechten an Sachen auf den Gegenstand zu sehen. Von den Forderungen werden die mit einem Pfandrecht an Grundstücken versehenen zu dem unbeweglichen, die anderen zu dem beweglichen Vermögen gerechnet, Besold, thesaur. pract. und Wehner, observ. pract. v. fahrende Hab.

c) Besondere Bezeichnungen: fundus, ein als Ganzes für sich behandeltes Grundstück; locus, Theil eines solchen; area, ein Platz ohne Gebäude; ager, ein solcher, wenn er zum Landbau bestimmt ist; aedes, städtisches Gebäude; villa, Gebäude auf Landgütern; superficies, das Gebäude ohne den Boden. L. 27 pr. 60.

weder praedia rustica oder urbana; der bestimmende Grund dieser Eintheilung ist entweder der Ort (Land und Stadt), oder die Art und Beschaffenheit der Grundstücke (für den Landbau geeignet oder nicht), hier ist jedes Gebäude für sich genommen ein praedium urbanum, während es als bloße Accession eines Landguts betrachtet insoweit dessen Natur annimmt, und so umgekehrt [d]).

Eine andere natürliche Eigenschaft von rechtlicher Wirkung ist die individuelle Dauer, die manchen Sachen bey dem Gebrauch, für den sie bestimmt sind, abgeht, so daß sie dieser Gebrauch sofort verändert, aufhebt oder verringert (entweder überhaupt, wie Victualien, oder wenigstens für den Eigenthümer, wie das Geld), res quae usu consumuntur, vel minuuntur, res quae in absumtione, in abusu sunt, Consumtibilien, verbrauchbare Sachen [e]).

Ferner die individuelle Bedeutung. Es giebt Sachen, bey denen das Individuum als solches von keiner Bedeutung, weil die species, die zu demselben genus gehören, für den gewöhnlichen Gebrauch gleich sind (communi specie continentur), bey denen daher im gewöhnlichen Verkehr das Individuum (species) gegen die Quantität zurücktritt (daher res quae pondere, numero, mensura consistunt); man hat sie fungible Sachen genannt, z. B. Geld, Getreide, Flüssigkeiten, unverarbeitetes Metall rc. Diese Sachen lassen daher eine vollkommene Wiedererstattung in derselben Gattung zu (in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie) und die Forderung auf sie geht auf ein certum, wenn nur die Qualität und Quantität genau bestimmt ist, während bey anderen Sachen auch noch die Bestimmung des Individuums dazu gehört [f]).

---

115. 211 D. de V. S. (50, 16). (L. 50 D. ad legem Aquiliam 9, 2 superficies ad dominum soli pertinet. R.)

d) L. 198 D. de V. S. (50, 16), §. 1 I. de servit. (2, 3), L. 1 pr. D. comm. praed. (8, 4), L. 4 §. 1 D. in quib. caus. p. tac. (20. 2): Stabula quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ex numero habenda sint, dubitari potest. Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a ceteris aedificiis separata sint. Quod ad causam tamen taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt. — Praedia suburbana heißen die der Lage nach städtischen, der Beschaffenheit nach ländlichen. L. 16 C. de praed. min. (5, 71).

e) Vgl. Dig. VII. 5. (Res quae minuuntur „abnutzbare Sachen": Windscheid §. 141. R.)

f) L. 2 §. 1 D. de reb. cred. (12, 1), L. 39 D. de solut. (46, 3), L. 74 D. de V. O. (45, 1). — Irrthümer: 1) Vermischung des Begriffs von Fungibilität und Consumtibilität; 2) Meinung, daß eine fungible Sache in allen Rechtsverhältnissen als solche genommen werden müsse; 3) Meinung, daß umgekehrt jede Sache als fungible genommen werden könne.

Productivität, Theilbarkeit, Pertinenzqualität *).

§. 37.

Eine theils natürliche, theils juristische Eigenschaft der Sachen ist die Productivität, die Eigenschaft, wonach ein Gewinn aus der Sache bezogen werden kann. Dieser Gewinn, zu dem die Sache bestimmt ist, heißt Frucht, fructus rei, er kann 1) in organischen Erzeugnissen der Sache bestehen (natürliche Früchte), aber nur solche gelten im Recht als Früchte, zu deren Gewinnung die Sache bestimmt ist [a]); 2) in einer sonstigen Nutzung, welche die Sache abwirft, z. B. Pachtzins, Zinsen von Geld 2c. (juristische Früchte, s. g. fructus civiles), ebenfalls mit jener Einschränkung [b]), und so ist der Begriff von Frucht über die Sachen hinaus, auf Rechte erstreckt worden [c]). Bey den Früchten kommen folgende Momente zur Sprache: die Zeit ihrer Verbindung mit der Sache, fr. pendentes, ihre Trennung, fr. separati, ihr Bezug überhaupt, perceptio, und seine Möglichkeit, fr. percipiendi, §. 170 u. v.) [d]), ihre Besitzergreifung insonderheit, perceptio im eigent-

---

*) (Göppert, über die organischen Erzeugnisse 1869. Vgl. darüber Hartmann, kritische V. J. Schrift XI. S. 503 f. Die ältere Litteratur s. bei Göppert, S. 1—10. Die Untersuchung des Letztern ist hauptsächlich gegen die sogenannte Theorie der neuen Sache gerichtet, d. h. auf die Frage, ob die Erzeugnisse als gewesene Theile der Muttersache oder als neue Rechtsobjecte anzusehen sind; auf der Consequenz des erstern richtigern Princips beruht die römische Lehre vom Fruchtrecht des Eigenthümers, des dinglich berechtigten, des redlichen Besitzers und Pfandgläubigers. Vgl. unten §. 150. 166. R.)

a) Daher nicht der partus ancillae. L. 27 pr. D. de H. P. (5, 3): — quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant. L. 17 §. 1 D. de R.V. (6, 1), L. 68 D. de usufr. (7, 1), L. 10 §. 2. 3 D. de iure dot. (23, 3), L. 28 §. 1 D. de usur. (22, 1); nicht die Windbrüche. L. 7 §. 12 D. de sol. matr. (24, 3), L. 12 pr. D. de usufr. (7, 1).

b) L. 34 C. de usur. (22, 1), L. 49 eod.: fructus rei est, vel pignori dare licere. L. 26 eod.: Iulianus venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.

c) L. 4. §. 2 D. si serv. (8, 5), L. 19 §. 1 D. de usur. (22, 1). — Eine Darstellung der verschiedenen rechtlichen Schicksale der Früchte giebt G. E. Heimbach, die Lehre von der Frucht nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten 1843. (Noch bedenklicher sind die Versuche, die Erzeugung im allgemeinsten Sinn auf ein Grundprincip zurückzuführen, z. B. v. Scheurl, Beitr. [1852] Nr. XI: „Was durch Erzeugung entsteht, kommt in das Recht desjenigen, der es erzeugt hat, oder in dessen Recht sich die Person oder Sache befindet, von der es erzeugt ist," da das geschriebene Recht für die persönliche und sächliche, die natürliche und künstliche Erzeugung verschiedene Grundsätze aufstellt, §. 150. 154. 166. 439, deren Vereinigung selbst Scheurl's Combinationsgabe nicht gelungen seyn möchte. R.)

d) L. 33. 78 D. de R. V. (6, 1). (Irrthümer: 1) daß die Befugniß zur Perception Folge des juristischen Besitzes sey. Vgl. dagegen: Wächter, Erört. [1845]

lichen Sinn [e]), Existenz bei dem Percipienten, fr. exstantes, Verbrauch oder Veräußerung, fr. consumti.

Eben so die Unterscheidung von Theilen und die Theilbarkeit [f]). Die Theile einer Sache können 1) körperliche seyn, die für sich und getrennt gedacht selbst Sachen sind, und diese können in einem dreifachen Verhältniß zum Ganzen stehen: a) körperlich getrennt und als Theile nur gedacht (so die Sachen, aus denen eine universitas rerum distantium — §. 35 — besteht), b) körperlich aber nicht wesentlich mit dem Ganzen zusammenhängend, so daß sie ohne Veränderung ihres Wesens getrennt, und auch während der factischen Verbindung rechtlich als selbstständig behandelt werden können (z. B. einzelne Stellen eines Grundstücks, Steine eines Gebäudes), c) körperlich und wesentlich zusammenhängend, integrirende Theile, die nicht ohne wesentliche Veränderung ihrer Natur getrennt, und daher auch während der Verbindung nicht als selbstständige Sache behandelt werden können (z. B. die Glieder eines Organismus, das Haus, die Pflanze als Theile des Bodens) [g]). 2) Intellectuelle Theile, die nur gedacht werden (quote Theile), und die dadurch entstehen, daß Mehreren eine Sache gemeinschaftlich zugehört, jedem zu einem Theil, der aber nicht körperlich an der Sache sich darstellt (pro indiviso) [h]). Der Begriff der Theilbarkeit bezieht sich entweder auf die körperlichen Theile, und

---

I. 3 S. 62—64; 2) daß zu den fr. percipiendi blos die wirklich erzeugten und nur nicht bezogenen gehören; vgl. Wächter a. a. O. S. 64—68. R.)

e) L. 13 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

f) L. 25 §. 1 D. de V. S. (50, 16): Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari, nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. (Vgl. Wächter, über Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte: Archiv für die civ. Praxis XXVII. 3 [1844], dazu Böcking, Pand. §. 75. R.)

g) L. 40 D. de A. E. V. (19, 1): arborum quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1), L. 6 §. 1 D. comm. praed. (8, 4).

h) L. 5 D. de stip. serv. (45, 3). — Theil kann eine doppelte (objective und subjective) Bedeutung haben: 1) Bestandtheil, Theile, aus denen die Sache besteht, dieß sind immer körperliche, 2) Antheile, Theile, welche Personen an der Sache haben. Diese letzteren können körperliche seyn (die Sache gehört Mehreren pro diviso), und unkörperliche (die Sache gehört ihnen pro indiviso, res eorum communis est). Eben so lassen sich auch bey einem Recht Bestandtheile (Befugnisse, aus denen es besteht) und Antheile unterscheiden. Windscheid §. 140 Anm. 4 räumt dem intellectuellen Theilnehmer nur einen Antheil am Werth, nicht am Eigenthumsrecht selber ein. Daraus würde folgen, daß dem alleinigen Eigenthümer ebenfalls nur der Werth des Ganzen gehörte. Es steht ihm aber nicht nur dieser, sondern der Rechtsinhalt selber zu: L. 29, §. 1 D. de verb. obl. (45, 1), L. 28 D. de novat. (46, 2). Vgl. Arndts §. 53 Anm. 5. R.)

enthält die Möglichkeit, sie als selbstständige Sachen zu behandeln, oder auf die ideellen, und enthält die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Berechtigung.

Es kann aber auch eine Sache die Bestimmung haben, als Theil einer anderen behandelt zu werden, ohne dieses wirklich zu seyn, man nennt sie Pertinenz, Zubehör [i]). Die Pertinenzqualität, nach welcher sich die Frage entscheidet, ob in der Veräußerung oder dem Vermächtniß einer Sache stillschweigend auch eine gewisse andere Sache begriffen sey, beruht auf folgenden Momenten: 1) auf der totalen Bestimmung einer Sache für den Gebrauch einer bestimmten anderen, 2) auf der Beständigkeit, 3) auf der wirklichen Realisirung dieser Bestimmung [k]).

Alle diese Eigenschaften sind Verhältnisse einer Sache zu anderen. Das Verhältniß zweier äußerlich oder innerlich verbundener Sachen kann 1) ein gleiches seyn (so z. B. das der Theile einer Sache unter einander), 2) das Accessionsverhältniß, das darin besteht, daß die eine Sache, in einer gewissen Beziehung wenigstens, als Attribut der an-

i) L. 13 §. 31 D. de A. E. V. (19, 1): Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur. — L. 17. 18 eod., L. 47—49 D. de contr. emt. (18. 1), L. 52 §. 7, L. 91 §. 5, 6 D. de leg. III. (32), L. 12 §. 25, L. 20 §. 7, L. 21. 26. D. de instr. leg. (33, 7). — Ueber die einzelnen im römischen Recht entschiedenen Fälle vgl. Funke, die Lehre von den Pertinenzen 1827 (vgl. Puchta, Erlanger Jahrb. IX. S. 18 ff.). S. auch Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I. S. 330 ff. (Ueber den erst durch die neuere Jurisprudenz schärfer ausgebildeten Begriff Pertinenz vgl. Böcking, Pand. §. 81. Wächter, Handb. II. S. 242—259. Unger, System §. 53—56. Dagegen aber Göppert §. 2. S. 55 f. Vgl. die folgende Note. — Was den Sprachgebrauch betrifft, so bezeichnen die Römer die connexen Sachen (affixa), sie mögen sogenannte integrirende Sachtheile sein oder nur adhärirende, bloße Pertinenzen, durch pars oder portio fundi, aedium, navis; die nicht connexen durch quasi pars (Note i), beide zusammen durch quae fundi oder aedium sunt. Göppert S. 60. 71. Die hierdurch ausgeschlossenen, z. B. das Bramsegel (artemo) eines Schiffes, im Gegensatz des unentbehrlichen velum, wird gelegentlich adiectamentum genannt (L. 242 pr. D. de V. S. 50, 16). Accessio bezeichnet überall keine Nebensache, sondern eine Zugabe des Geschäfts oder Legats, welche mit diesem steht und fällt und regelmäßig eine ausdrückliche Verfügung der Contrahenten oder des Testators voraussetzt, während die Pertinenz der Hauptsache stillschweigend folgt. L. 4 pr. D. de penu leg. (33, 9). Göppert S. 13 ff. „Pertinentiae", aus pertinentia ad fundum entstanden, ist erst mittelalterlicher Sprachgebrauch: Ducange s. v. civitatis — fines dicimus, qui pertinentias suas longe lateque concludunt. „Hülfssache" wäre vielleicht als wissenschaftlicher Ausdruck nicht unpassend; aus dem Leben wird er den herkömmlichen und allgemein verständlichen „Zubehör" schwerlich verdrängen. R.)

k) Diese Prinzipien sind maßgebend, nicht das Wörtliche der einzelnen Entscheidungen, die sich im römischen Recht vorfinden, und auf welche Sitte und Lebensart einen bestimmenden Einfluß äußert. (Hinzuzufügen ist 4) das Werth-

deren (der Hauptsache) betrachtet wird, von ihr abhängig ist, und ihr Schicksal theilt. Solche Accessionen sind Früchte, Theile, Pertinenzen. Die Frage, welcher von zwey Sachen, die in diesem Verhältniß stehen, die Eigenschaft der Accession zukomme, entscheidet sich nicht nach dem Werth, sondern nach der Bestimmung, die ihr gegeben ist, oder auch nach der natürlichen Abhängigkeit der einen von der anderen[l]). Das Accessionsverhältniß ist übrigens nicht blos ein Verhältniß von Sachen, es findet auch bey Rechten Statt.

Werth.

§. 38.

Der Werth, theils Gebrauchs-, theils Tauschwerth[a]), ist eine Eigenschaft der Sachen, die wie öconomisch, so auch juristisch von Wichtigkeit ist. Tauschwerth ist die Möglichkeit, andere Güter dafür zu erhalten, und seine Größe bestimmt sich durch den Umfang dieser Gü-

verhältniß. Pertinenzen sind Sachen, welche an sich keinen besonderen Werth und Nutzen haben, aber einer anderen Sache dienen und daher im Verkehr fast wie Theile der letztern angesehen werden, z. B. Schlüssel, Stützen (fulcra) eines Bettes, Flaschen (amphorae, cupulae) bei legirtem Wein, während die Fässer (dolia) nicht als mit legirt gelten und Grundstücke, sowie abgesehen vom Legat des Nießbrauchs das instrumentum fundi (L. 9 §. 7 D. de usufr. 7, 1) niemals Pertinenz sind. — Die herrschende Lehre hat, statt auf die Ausdrücke und den Willen der Parteien zu sehen, sich kritiklos an das Wort accessio in den Rechtsquellen gehalten und eine Unterscheidung zwischen integrirenden Sachtheilen und bloßen Pertinenzen aufgestellt, welche in denselben nicht zu befinden ist (L. 245 D. de V. S. (50, 16), L. 12 §. 23 D. de instr. leg. (33, 7), Göppert S. 59 Note 9), wogegen die ächtrömische Lehre einfach nur als mit verkauft oder legirt betrachtet, was perpetui usus causa mit der Sache verbunden ist, also dasselbe Princip anwendet, welches bei dem Verbot separaten Verkaufs oder Legats von Gebäudetheilen oder für den Eingriff in ein Grundstück maßgebend ist: L. 7 §. 9 — L. 10 D. quod vi aut dam 43, 26. R.)

l) L. 19 §. 13. 15. 20, L. 20, 29 §. 1 D. de auro argento (34, 2), L. 7 §. 10 D. de adqu. dom. (41, 1): — omne quod inaedificatur, solo cedit. — In Ermangelung eines anderen Grundes hat Cassius es unmittelbar von der Größe oder dem Werth abhängen lassen wollen. L. 27 §. 2 eod. Noch bedenklicher ist das Princip des Paulus L. 23 §. 3 D. de R. V. (6, 1): — necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest, was dahin führen würde, z. B. das Schiff als Accession der Nägel und Klammern zu betrachten, wie es denn ihn selbst a. a. O. zu einer, wenn auch nicht dem Schein, doch der Sache nach nicht weniger verkehrten Behauptung verleitet hat. (In L. 3 §. 11, L. 4 pr. D. de penu leg. (33, 9) braucht es derselbe Jurist nur als Moment der Willensinterpretation. R.)

a) Staatswissenschaftliche und nationalöconomische Litteratur: Hermann, Staatswirthschaftl. Untersuchungen S. 4. 66 ff. (Hoffmann, die Lehre vom Gelde, 1838. Ravit, Beiträge zur Lehre vom Gelde (Archiv staatswissenschaftlicher Abhandlungen Band I. Heft 1, Lübeck 1862. A. Wagner, die Geld- und Credittheorie

ter, die gegen die Sache eingetauscht werden können. Er kommt juristisch nicht blos bey den Verhältnissen, die auf den Umsatz der Güter berechnet sind, zur Sprache (hier heißt der Tauschwerth Preis), sondern auch als der Gegenstand, in welchen eine Leistung unwillkürlich dadurch übergeht, daß ihr individueller Gegenstand nicht hergestellt oder nicht erzwungen werden kann (hier heißt der Tauschwerth Aestimation). In beiderley Hinsicht kommt er nicht blos bey Sachen, sondern auch bey anderen Vermögensgegenständen in Frage.

Es ist eine Sache durch die in Verkehr mit einander Stehenden aufgestellt worden, die unter ihnen als allgemeines Tausch- und Zahlungsmittel (als Preis und Aestimation für alle Güter) gilt, und daher alle anderen Vermögensgegenstände von Seiten ihres Tauschwerths darstellt und ausdrückt: das Geld; dieß ist das edle Metall, namentlich Gold und Silber. Es hat die Eigenschaft des Gelds in einer Form, die ihm, um den Werth des einzelnen Stücks zu beglaubigen, unter öffentlicher Autorität gegeben ist, als Münze [b]).

---

der Peel'schen Bankacte (1862) S. 63—66. — Juristische Litteratur: Hufeland, Rechtsgutachten von 1807 über die rechtliche Natur der Geldschulden. Berlin 1851. C. W. Pfeiffer, Pract. Ausführungen Bd. I. S. 51—78 (1825). Von den Grundsätzen, nach welchem eine Geldschuld nach eingetretener Münzveränderung zu bezahlen ist. Savigny, Obligationenrecht I. 3. 40. 41. Dagegen: Souchay, Ztschr. für Civilrecht und Prozeß N. F. Bd. 9 Nro. X. S. 340—353. Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts I. (1866) §. 122 S. 498 f. Sintenis, gem. Civilrecht Bd. 2 (2. Aufl.). 86 S. 56 f. Gustav Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden 1863, eine verdienstliche kleine Schrift, welche sowohl die Theorie als die Rechtsgeschichte der betreffenden Rechtssätze entschieden gefördert hat. Keller, Pand. §. 47. R.)

b) L. 1 pr. D. de contr. emt. (18, 1): olim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum ntilibus inutilia permutabat, quando plerumpue evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tn haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permntationnm aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma pnblica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, qnam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. In dieser Stelle ist nur die eine Seite des Gelds, allgemeines Tauschmittel zu seyn, betrachtet, nicht die andere, des allgemeinen Zahlungsmittels. Diese letztere wird berücksichtigt in L. 9 §. 2 D. de statulib. (§. 220 Note i.) (Genauer und richtiger bestimmt jetzt Hartmann S. 34, indem er von der Sonderstellung in der Eigenthumslehre (L. 5 D. de rei vind. 6, 1, vgl. mit L. 78 D. de solut. 46, 3) ausgeht, den allgemeinen Begriff des Geldes dahin, daß es die Sachen umfaßt, welche als abstracte Vermögensstoffe dem Verkehr nur durch ihren Tauschwerth zu dienen bestimmt sind. In besonderer Anwendung auf den Inhalt einer Geldschuld (S.50) ergiebt die wenigstens eventuelle Geldcondemnation des neuen

Es besteht 1) eine Differenz zwischen dem Gewicht der Münze und einer gleich großen Masse feinen Metalls, weil die Münzen aus verschiedenen Gründen einen Zusatz von unedlem Metall erhalten, das Verhältniß des feinen zu dem groben Metall in einem Stück heißt das Korn der Münze; eine Differenz zwischen dem Metallwerth und dem Geldwerth des Stücks, denn die Münze muß einen größeren Werth haben als ein gleich großes Stück Metall, weil die Prägungskosten dazu zu schlagen sind, die verwendet werden müssen, um den Vortheil sofortiger Beglaubigung des Werths zu haben [c]).

Der Werth der Münze als Geld hängt von ihrem Feingehalt ab [d]). Dieser bestimmt sich nach der Menge der Münzen, die aus einer gewissen Quantität feinen Metalls, z. B. einer Mark feinen Silbers, geprägt werden (Münzfuß).

Münzen können bey Rechtsverhältnissen vorkommen 1) als Individuen, so beym Eigenthum, beym Commodatum, bey dem Depositum; 2) als Quantitäten, dieß ist die häufigste Art ihrer Behandlung. Hier aber können sie wieder entweder a) als Waare genommen werden, so bey dem Geldwechsel, oder b) als Preis und als Zahlungsmittel, dieß ist der Fall, in welchem sie eigentlich als Geld fungiren. Sie stellen hier Summen dar, die Summe aber wird bezeichnet durch die Rechnungsmünzen und deren Verhältniß zum feinen unverarbeiteten Silber (Thaler, Gulden 2c., von denen so und so viel auf eine feine Mark gehen), Rechnungsmünzen, die selbst in einzelnen Stücken ausgeprägt (also zugleich geprägte Münzen) seyn können, oder nicht.

Daraus ergiebt sich, daß, wer Geld schuldet, so viel Münzen geben muß, als ihrem Gehalt nach die geschuldete Summe darstellen. Ist zwischen der Entstehung der Forderung und ihrer Zahlung eine Veränderung des Münzfußes eingetreten, so verändert sich damit natürlich auch die Quantität der zu zahlenden Münzen (nicht die Summe) [e]), während die bloße Veränderung des Tauschwerths des

---

Rechts, daß es als das letzte eventuelle Zahlungsmittel einer Obligation rechtlich (bei Vermeidung eines Annahmeverzugs) anerkannt ist. Aus dem abstracten Begriff erklärt sich die verschiedene Behandlung der Waare und des Preises beim Kauf und die gesetzliche Verzinsung einer Geldschuld. Hartmann a. a. O. S. 41 f. R.)

c) Dieß schließt natürlich nicht aus, daß der Werth der Münze sich dessenungeachtet nach ihrem Verhältniß zu dem edlen Metall richtet, das sie enthält.

d) Nicht von ihrem Korn (welches nur auf ihren Werth als Waare einen Einfluß haben kann, in Beziehung auf ihre sonstige Verwendbarkeit): eine gewisse Masse Silber bleibt dieselbe, mag eine größere oder kleinere Masse Kupfer noch überdieß hinzugekommen seyn.

e) Ist jemand 24 Gulden schuldig geworden zu einer Zeit, wo 24 Gulden auf

Gelds (d. h. sein Verhältniß zu den Waaren, die dafür zu bekommen sind) keinen Einfluß hat.

Die Münzsorte, in der die Zahlung geschieht, kann, wenn sie nicht bestimmt ist, der Schuldner wählen [f]); dieß hat aber eine Gränze in Beziehung auf die Scheidemünze. Diese, welche nach einem geringeren Münzfuß geprägt ist, muß zu ihrem Nennwerth angenommen werden, soweit sie wirklich als Scheidemünze, also für Summen gebraucht wird, die sich in gröberen Münzsorten nicht darstellen lassen, außerdem nur nach ihrem wirklichen Feingehalt, aber es ist überdieß festgesetzt, daß größere Summen überhaupt nicht in Scheidemünze angenommen zu werden brauchen [g]). Ist die Münzsorte bestimmt [h]), und sie ist zur Zeit der Zahlung nicht mehr zu bekommen, so ist, wenn nicht die Parteien sich über eine andere verständigen oder durch Rechtsvorschrift eine jetzt im Cours befindliche mit jener verschwundenen identificirt ist [i]), dem Gläubiger der Feingehalt jener Münze, mit Hinzurechnung der

---

die feine Mark gingen, so beträgt diese Summe 24½ Gulden, von denen 24½ Gulden aus der feinen Mark geprägt werden.

f) Eine sich von selbst verstehende Beschränkung enthält L. 24 §. 1 D. pign. act. (13, 7): — reproba pecunia non liberat solventem —.

g) R. A. 1576 §. 76: — „daß niemand in den Zahlungen über 25 Gülden an halben Batzen oder anderen kleineren Sorten für Wehrschafft anzunehmen schuldig seyn, noch viel weniger von der Obrigkeit dasselbig gebilliget werden soll: Sondern da jemand betretten, der seinen Gläubigern größere Zahlung mit kleinen Sorten aufzubringen unterstunde, derselbig soll auch mit Confiscirung derselben Müntzen unnachläßlich bestrafft werden." Auf seine wahren Gränzen ist der Gebrauch der Scheidemünzen zurückgeführt in dem Gesetz über die Münzverfassung in den preuß. Staaten, vom 30. September 1821 §. 7: — „Zahlungen, die mit ganzen, Drittel- und Sechstel-Thalerstücken geleistet werden können, ist Niemand verpflichtet, in Silbergroschen anzunehmen" —. Derselbe Grundsatz ist festgestellt in der allgemeinen Münzconvention der zum Zoll- und Handelsverein verbundenen Staaten, vom 30. Juli 1838 Artikel 12: — „Sämmtliche Staaten — werden nach Thunlichkeit darauf hinwirken, daß die gegenwärtig im Umlauf befindliche Scheidemünze auf jenes Maß zurückgeführt, und sodann niemand genöthigt werde, eine Zahlung, welche den Werth der kleinsten groben Münze erreicht, in Scheidemünze anzunehmen."

h) L. 99 D. de solut. (46, 3): Debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. Statt debitorem hat die Vulgata creditorem, und damit stimmen die Basiliken überein. (Savigny, Obl. Recht I. [1851] S. 470. R.)

i) Dieß wird gewöhnlich der Fall seyn, wenn in Folge einer Veränderung des Münzfußes eine Münzsorte unter demselben Namen wie die ältere, aber mit verschiedenem Gehalt geprägt wird. Diese Identität betrifft übrigens natürlich nur die Frage nach der Münzsorte, nicht die Frage nach der Quantität der zu gebenden Stücke, s. Note e.

Differenz dieses Feingehalts, sofern er in der geprägten Münze enthalten war, von dem unverarbeiteten Silber zuzusprechen [k]).

B. Familienrecht.

§. 39.

Das Familienrecht bestimmt die Verhältnisse, in welchen der Mensch als Glied der Familie, der auf Geschlechtsvereinigung und Erzeugung beruhenden und von der in diesen Thatsachen wurzelnden Liebe beseelten Verbindung, steht, und macht sie, soweit sie dieser juristischen Gestaltung fähig sind, zu Rechtsverhältnissen. Die Familienverhältnisse sind theils specielle: die Ehe und das elterliche und Kindesverhältniß, theils die allgemeinen der Verwandtschaft und Verschwägerung. Die Begriffe der letzteren sind hier in ihrer rechtlichen Gestalt darzustellen [a]).

§. 40.

Die natürliche Verwandtschaft, Blutsverwandtschaft, cognatio, ist das auf der Zeugung und dadurch entstandenen Gemeinschaft des

k) Wegen anderer abweichender Ansichten, wobey es häufig an einer richtigen Vorstellung von dem Begriff des Gelds, aus dem allein eine wahre Entscheidung dieser Fragen möglich ist, zu fehlen scheint, s. Glück, Comment. XII. §. 783, Mühlenbruch, Lehrbuch §. 375, Vangerow, Leitfaden §. 68. (Eine dieser abweichenden Ansichten, welche den Courswerth als Inhalt einer Geldschuld aus dem Wesen des Gelds ableitet, ist jedoch jetzt auf das Ueberzeugendste vertheidigt von Savigny, Obligationenrecht I. [1851] S. 403—508, §. 40—49. Die im Text versuchte Vertretung des Metallwerths mit Hinzurechnung der Prägungskosten ist die alte Theorie der bonitas extrinseca aus der Zeit vor dem Aufkommen des Papiergeldes, sie stammt aus der mittelalterlichen Münzverwirrung in Italien (Hartmann a. a. O. S. 119—121), sie paßt nur auf Darlehen, giebt keine Regel für das Papiergeld und beruht auf einer Verwechselung des Verhältnisses des Geldes zum Preis der Waaren und des feinen Silbers. Vgl. dagegen Savigny, S. 478. 479. Die Theorie vom Nennwerth (bonitas extrinseca), zu der sich die römischen (Note b) und die älteren französischen Juristen bekannten (Hartmann a. a. O. S. 111 f. S. 127 f.), — einer ihrer neueren Vertheidiger Souchay, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß, N. F. IX. [1851] Nr. 12, setzt wenigstens erhebliche Beschränkungen hinzu — behandelt gar jede Geldschuld so, als ob mit dem Nennwerth zugleich die Vorschrift eines Zwangscourses verbunden wäre, und als ob eine solche außerordentliche Maßregel über die Gränzen des Staats hinaus wirken könnte. Neuerdings hat jedoch Hartmann S. 73 f. für die Theorie des Nennwerths und ihre Anwendung auf Scheidemünze, Courant und Papiergeld Gründe vorgebracht, welche der staatlichen und rechtlichen Zahlkraft des Geldes, §. 12 der publica et perpetua aestimatio, Note b, entlehnt sind und die Courswerthstheorie, welche sich auf die freie Kaufkraft und Vermögensmacht stützt, in erheblicher Weise beschränken. Es leuchtet ein, daß der Parteiwille jedenfalls nur bei Geschäfts-, nicht auch für Delictsobligationen entscheidend sein kann. R.)

a) Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 194—196.

Bluts beruhende Verhältniß, der Inbegriff der Cognaten ist die Familie im natürlichen Sinn [b]). Die juristischen Wirkungen bestimmen sich theils 1) nach der Art der Verwandtschaft: a) Verwandtschaft in gerader Linie (linea recta), Verwandtschaft der unmittelbar oder mittelbar von einander abstammenden Personen (der Descendenten oder Ascendenten); b) Verwandtschaft in der Seitenlinie (linea transversa), der Personen, die, ohne von einander abzustammen, durch unmittelbare oder mittelbare Abstammung von einem ihnen gemeinschaftlichen Erzeuger verbunden sind (Seitenverwandte, Collateralen), unter denen die unmittelbar von dem gemeinsamen Stamm erzeugten: die Geschwister (die vollbürtigen: von demselben Vater und von derselben Mutter, die halbbürtigen: blos von demselben Vater, consanguinei, oder blos von derselben Mutter, uterini) [c]) ausgezeichnet sind [d]); — theils 2) nach dem Grad der Verwandtschaft, d.i. der Nähe und Ferne derselben, die sich nach der Zahl der Zeugungen bestimmt, welche die Verwandtschaft vermitteln, und von denen nach römischer Berechnung jede einen Grad bildet. — Es läßt sich denken, daß zwischen zwey Personen der Grund der Verwandtschaft mehrmals eintritt (daß sie durch mehrere — gerade oder Seiten- — Linien verbunden sind), dieß ist die mehrfache Verwandtschaft [e]).

§. 41.

Der Grund der Cognation ist schlechthin nur die Zeugung, aber diese muß gewiß seyn. Hinsichtlich des Vaters ist eine natürliche Gewißheit der Regel nach nicht möglich, sie wird vertreten durch die Rechtsregel: pater est quem nuptiae demonstrant [f]). Wird die Vaterschaft des Ehemanns der Mutter bestritten, so ist diese Regel nur eine Präsumtion, welche den Beweis des Gegentheils nicht ausschließt [g]), und sie setzt dann überdies voraus, 1) daß die Geburt wenigstens sechs Monate nach Eingehung der Ehe [h]), 2) daß sie nicht später als zehn

b) L. 195 §. 4 D. de V.S. (50, 16). Vgl. überhaupt Inst. III. 6: de gradibus cognationum. Dig. XXXVIII. 10: de gradibus et adfinibus et nominibus eorum.

c) Hugo, civ. Magazin IV. 7. 16.

d) Noch ein ausgezeichnetes Verhältniß der Seitenlinie, obwohl von weit geringerer Bedeutung als jenes, ist das dem elterlichen ähnliche und daher respectus parentelae genannte der Personen, von denen die eine unmittelbar von dem ihnen gemeinsamen Erzeuger, die andere nur mittelbar abstammt, §. 5 I. de nupt. (1, 10).

e) L. 10 §. 14 D. de gradib. (38, 10). Vgl. Hugo, a. a. O.

f) L. 5 D. in ius voc. (2, 4).

g) L. 6 D. de his qui sui (1, 6), L. 1 §. 14 D. de agnosc. lib. (25, 3). Vgl. L. 29 §. 1 D. de probat. (22, 3), L. 11 §. 9 D. ad L. Iul. de adult. (48, 5).

h) L. 12 D. de statu hom. (1, 5), L. 3 §. 12 D. de suis et leg. (38, 16).

Monate nach Auflösung derselben erfolgt sey [i]). Damit also eine Verwandtschaft durch Mannspersonen juristisch wirksam sey, ist eine Begründung derselben durch eheliche Zeugungen erforderlich, uneheliche Kinder haben keinen Vater und mithin keine väterlichen Verwandten [k]). Bey einer Verwandtschaft durch Frauenspersonen ist die uneheliche Zeugung kein Hinderniß, sie steht der ehelichen gleich [l]).

---

i) L. 3 §. 11 eod. L. 4 C. de postum. (6, 29). Präsumtion der Ehe, Nov. 117 c. 2.

k) Modificationen dieses Grundsatzes, und zwar 1) vollkommene a) für die Legitimirten, b) für die in einer putativen Ehe Erzeugten, cap. 2. 8. 11. 14. 15 X. qui filii sint legitimi (4, 17); 2) unvollkommene a) für naturalis liberi (im Concubinat Erzeugte), in Beziehung auf Alimentation, Legitimation, Erbrecht, was die Praxis auf andere (nur nicht durch ein Verbrechen erzeugte) uneheliche Kinder anwendet, da der Concubinat keine gesetzliche Zulassung mehr vor anderen außerehelichen Geschlechtsvereinigungen voraus hat, doch muß eine Anerkennung des Kindes von Seiten des Vaters vorliegen; diese Ausnahme von der Regel ist auch dadurch eine unvollkommene, daß sie nur hinsichtlich des Vaters, nicht der väterlichen Verwandten gilt; b) die Eheverbote wegen Verwandtschaft sind auch für uneheliche Kinder wirksam, L. 14 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2); c) die Praxis hat eine Alimentationspflicht des unehelichen Vaters angenommen (§. 316), die von seiner Anerkennung unabhängig ist; auch hier ist die Beschränkung auf den Vater zu behaupten. — In Beziehung auf Brautkinder ist es streitig, ob und welche Ausnahme sie von der Regel der unehelichen Kinder machen. Früher behauptete man (nach den Principien des älteren canonischen Rechts), das Verhältniß werde durch den Beischlaf in eine wirkliche Ehe verwandelt, hiernach wären die Kinder eheliche. Diese Meinung ist längst aufgegeben. Nachher entstand die Ansicht, daß bey grundloser Weigerung des Bräutigams die Ehe in contumaciam als geschlossen in Beziehung auf die civilrechtlichen Wirkungen zu erklären sey; diese Ansicht stellt die Kinder vollkommen den ehelichen gleich, setzt aber ein richterliches Urtheil voraus, Böhmer, J. E. P. IV. 3. 49. 50; vgl. Glück, Comment. XXIII. S. 90 ff. Eine dritte Ansicht ist, den Brautkindern, wenn die Ehe blos wegen Todes oder grundloser Weigerung des Bräutigams nicht erfolgt, die Rechte der ehelichen ipso iure, aber nur gegenüber dem Vater, nicht den väterlichen Verwandten, zuzuerkennen. Glück, Intestaterbf. §. 155.

l) L. 5 D. de in ius voc. (2, 4), L. 29 §. 1. D. de inoff. test. (5, 2), L. 2. 8 D. unde cogn. (38, 8), vgl. L. 5. C. ad S.C. Orphit. (6, 57). Doch gilt dieß nur von den naturales liberi, aus einer auf die Dauer geschlossenen außerehelichen Geschlechtsverbindung mit Einem, von den spurii, aus einer vorübergehenden Geschlechtsverbindung mit Einem, von den vulgo quaesiti, von einer Hure geborenen Kindern, nicht von den Kindern, deren Erzeugung ein Verbrechen ist, ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis (ex damnato coitu procreati, incestuosi und adulterini), deren Verhaltniß auch zur Mutter ignorirt werden soll. Diese (allerdings theilweise oder ganz angefochtene, vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XXXV. S. 158—160) Ansicht, die durch ein sittliches Gefühl getragen wird, ist aus Nov. 89 c. 15 verbunden mit L. 6 C. de incest. nupt. (5, 5) geflossen.

§. 42.

Neben der natürlichen Verwandtschaft steht eine juristische, auf einer rechtlichen Thatsache beruhende: 1) die agnatio (civilis cognatio), deren Grund die väterliche Gewalt ist; die Agnaten, d. i. die Personen, welche in derselben Gewalt stehen oder stünden, wenn das sie verbindende Haupt noch lebte, bilden die Familie des Jus civile[m]). Nur eine Verwandtschaft durch Mannspersonen kann Agnation seyn[n]), weil nur solche die väterliche Gewalt haben können, aber nicht jede ist es. Wie die väterliche Gewalt, so kann auch die Agnation unter Personen bestehen, die nicht natürlich verwandt sind[o]), doch haben alle Agnaten zugleich die Rechte der Cognaten[p]). Die Agnation einer Person wird aufgehoben durch capitis deminutio derselben[q]). Die cognatio spiritualis, durch Mitwirkung bey der Taufe (und Firmelung) begründet, im justinianischen Recht angedeutet[r]), im canonischen Recht ausgebildet, von höchst beschränkter Wirkung.

§. 43.

Ein zweites allgemeines Familienverhältniß außer der Verwandtschaft ist der Ansatz, den die Familie durch die Ehe in der Verschwägerung, adfinitas, erhält. Adfinitas ist die (Cognaten-) Familie des einen Ehegatten für den anderen. Der Ehegatte und seine Cognaten (nicht seine Agnaten als solche) sind adfines des anderen Gatten[s]). Auch bey der Affinität läßt sich die gerade Linie (Verhältniß zu den Descendenten — Stiefverwandtschaft — und Ascendenten des anderen Gatten — Schwiegerverwandtschaft —) und die Seitenlinie (Verhältniß zu den Collateralen des anderen Gatten — Schwägerschaft) unterscheiden[t]). Die Affinitas endigt sich mit der Ehe, die sie

m) L. 195. 196 D. de V. S. (50, 16).

n) L. 4 D. unde cogn. (38, 8).

o) Im neuesten Recht ist die Agnation gerade nur noch für diesen Fall (der Adoptivverwandtschaft) von Bedeutung.

p) L. 1 §. 4 D. unde cogn. (38, 8), L. 4 §. 2 D. de gradib. (38, 10).

q) §. 3 I. de leg. agn. tut. (1, 15), L. 4 D. de suis et legit. (38, 16).

r) L. 26 C. de nupt. (5, 4).

s) L. 4 §. 3. 8. 10 D. de gradib. (38, 10). L. 14 §. 3, L. 34 §. 2 D. de ritu nupt. (23, 2), L. 4 C. de nupt. (5, 4). Das canonische Recht hat den Begriff der Affinität für die Wirkung des Ehehindernisses mannigfach erweitert. — Analoges Verhältniß durch Sponsalien L. 6 §. 1, L. 8 D. de gradib.

t) Grade giebt es nicht, L. 4 §. 5 D. de gradib., weil es immer nur Eine Ehe ist, welche die Affinität begründet, doch wird die Affinität eine nähere oder entferntere, jenachdem es die Verwandtschaft des Verschwägerten mit dem anderen Gatten ist. L. 10 pr. eod., L. 5 pr. D. de iniur. (47, 10). (Vgl. Böcking, Pand. §. 55. R.)

begründet[u]), aber gewisse Wirkungen hat auch eine ehemalige Affinität.

C. Gegenseitige Einwirkung von Vermögens- und Familienrecht.

§. 44.

Die Stellung des Menschen in der Familie hat auch auf seine Vermögensverhältnisse Einfluß, und mit den Familienverhältnissen verbinden sich eigenthümliche Vermögensverhältnisse. So geht neben der Ehe und neben dem elterlichen Verhältniß ein besonderes Vermögensrecht her, und die vornehmste juristische Wirkung der Verwandtschaft ist die Erbfolge, deren Eintritt in das hinterlassene Vermögen eines verstorbenen Verwandten. So bilden also Vermögensrecht und Familienrecht zwey Kreise, die sich vielfachst berühren.

D. Einfluß der öffentlichen und kirchlichen Stellung der Person auf das Privatrecht.

§. 45.

Die reine Entwickelung des Privatrechts strebt dahin, die Eigenschaft des Menschen als Subject von Privatrechtsverhältnissen unabhängig zu machen von seiner Stellung im Staat und in der Kirche. Dieß ist denn auch schon die Regel des justinianischen Rechts[a]), noch mehr des heutigen[b]).

Von den Beziehungen des Menschen zum Staat und den mit diesem gleichartigen engeren Vereinen (Gemeinden) sind als die allgemeinsten hervorzuheben 1) das Verhältniß zu dem Staat oder der Gemeinde als Gesammtheit von Personen (cives): Mitgliedschaft (Staats- oder Gemeinde-Bürgerrecht) oder Nichtmitgliedschaft[c]). Das gemeine Recht zuerkennt diesem Unterschied keinen Einfluß auf die

u) L. 3 §. 1 D. de postul. (3, 1). (Im weiteren Sinn ist schon das Verlöbniß und die Ehe selbst adfinitas. Fragm. Vat. 218. 262. L. 38 §. 1. D. de usur. (22, 1), L. 8 D. de cond. causa data (12, 5), L. 15 C. de don. ante nuptias (5, 3), Paul. sent. 5, 12 §. 2. Sell im Archiv für civ. Praxis XXII. S. 237 ff. R.)

a) Ausnahmen 1) in Beziehung auf die politische Stellung: Unfähigkeit der Ausländer (barbari) zu einzelnen Privatrechtsverhältnissen, Bevorzugung gewisser politischer Stände; 2) in Beziehung auf die kirchliche Stellung: Zurücksetzung der Nichtchristen und nicht rechtgläubigen Christen. Cod. I. 5. 7. 9—11.

b) Von den römischen Ausnahmen sind übrig geblieben das Verbot der Ehe zwischen Juden und Christen, und einige Begünstigungen gewisser Stände. In Beziehung auf Fremde s. noch Wächter, Arch. für civ. Pr. XXV. S. 181.

c) L. 7 C. de incol. (10, 39): Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio, incolas vero domicilium facit. —

Privatrechte. 2) Das Verhältniß zu dem Territorium des Staats oder einer Gemeinde (incola), Domicilium [d]). Domicilium ist der dauernde örtliche Mittelpunkt der juristischen Wirksamkeit einer Person [e]), und darin liegt zugleich der Grund seines Einflusses auf das Privatrecht. Es entsteht entweder durch den in Ausführung gebrachten Willen der Person (freiwilliges Dom.) [f]), oder durch rechtliche Vorschrift (dom. necessarium) [g]).

II. Verschiedenheit der Rechte nach dem Gegenstand.

§. 46.

Die Rechte erhalten ihren Inhalt zum Theil durch den menschlichen Willen, dieß ist ihre freie Seite, nur daß auch diese freie Bestimmung nicht von dem Einfluß, den die Stellung der Person und das Bedürfniß auf sie ausübt, entbunden ist, zum Theil aber durch den Gegenstand des rechtlichen Willens, dieß ist die nothwendige und logische Seite der Rechte [a]). Die Gegenstände der Rechte sind Sachen, Handlungen, Personen, die ersten beiden durchaus außerhalb dem Berechtigten, die dritten lassen sich in und außer dem Berechtigten denken. Dadurch entstehen 5 Classen von Rechten:

1) Rechte an der eigenen Person: Rechte der Persönlichkeit und des Besitzes.

2) Rechte an Sachen: Eigenthum und Rechte an fremden Sachen.

3) Rechte an Handlungen: Obligationen.

4) Rechte an Personen außer dem Berechtigten: Eheliches Recht, elterliches Recht, Kindesrecht.

---

d) D. L. 1: ad municipalem et de incolis. Cod. X. 39: de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et de his qui studiorum causa in aliena civitate degunt. (Savigny, System VIII. §. 350—359. R.)

e) L. 203 D. de V. S. (50, 16), L. 7 C. h. t. (10, 39), L. 27 §. 1 D. h. t. (50, 1). Irrelevanz des Grundbesitzes, L. 17 §. 5. 13 D. eod., L. 4 C. h. t., des Aufenthalts, L. 22 §. 6, L. 27 §. 3 D. h. t., L. 2 C. h. t. Mehrfaches Domicilium, L. 5. 6 §. 2 D. h. t. Personen ohne Domicilium, L. 27 §. 2 eod.

f) L. 20. 27 §. 2, L. 31 eod.

g) Für die Beamten, L. 22 §. 6 eod., L. 8 C. h. t. (10, 39), L. 11 D. de senat. (1, 9). Soldaten, L. 23 §. 1 D. h. t.: milis ibi domicilium habere videtur, ubi meret, si nihil in patria possideat. Ehefrauen, L. 22 §. 1 eod., L. ult. C. h. t. Kinder, L. 22 pr. D. h. t. An einem bestimmten Ort Verwiesene, L. 22 §. 3 eod.

a) Es ist z. B. etwas Logisches, daß die Rechte an Sachen eine andere Natur haben als Rechte an Handlungen, und unter jenen wieder Servituten eine andere als das Pfandrecht. Keine logische Nothwendigkeit liegt dagegen in der Verschiedenheit der Servituten unter einander, ebenso in der Verschiedenheit der einzelnen Obligationen, nur daß diese Verschiedenheit, wenn sie einmal gesetzt ist, die Mutter von logischen Nothwendigkeiten werden kann.

5) Rechte an Personen, die in den Berechtigten übergegangen sind und von ihm repräsentirt werden: Erbrecht und andere Rechte an Vermögen [b]).

(Es fragt sich, ob auch an Rechten wiederum Rechte denkbar sind, mit andern Worten, ob Rechte nur Willensmacht oder auch Objecte fremder Willensmacht sein können? Für das römische Recht ist die Frage entschieden zu bejahen [c]). Es bezieht sich darauf der §. 38 a. b. erwähnte Begriff der res mit der Eintheilung in res corporales und incorporales. Res ist jedes außerhalb der Person liegende Vermögenselement, welches erst durch eine Erwerbungsthatsache (als ius quaesitum) ihr unterworfen werden muß, während das ius personarum, das Recht es haben und erwerben zu können, schon ursprünglich in der Persönlichkeit enthalten ist (§. 22. 48). Res ist also kein Körper, keine Sache, sondern ein Recht, mithin stets unkörperlich. Wenn daher gleichwohl res corporales (Eigenthum), und incorporales (Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten, Obligationen, Erbrecht) unterschieden, §. 38 [b], ja statt des Eigenthums geradezu die ihm unterworfenen Sachen gesetzt werden [d]), so geschieht dies nur deshalb, weil die übrigen Rechte in der That keine rechtliche Macht über eine Sache, sondern überall nur ein Recht, einen Genuß, eine Handlung, eine Repräsentation enthalten. Der allgemein übliche Ausdruck „körperliche Sache" enthält eine Tautologie, „unkörperliche Sache" einen innern Widerspruch. — Alle diese Vermögensrechte können jedoch nicht blos direct durch den Erwerb, sondern auch indirect durch Unterordnung unter sich der Person unterworfen werden, indem z. B. an dem Eigenthum eine Servitut oder ein Pfandrecht, an einer Forderung ein Nießbrauch, an dem Pfandrecht ein subpignus versprochen oder bestellt wird. Die indirecte Unterwerfung kann demnach eben so wohl ein mittelbares obligatorisches, als ein unmittelbares dingliches Recht auf das untergeordnete Recht, bezüglich an demselben zur Folge haben. R.)

---

b) Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 207. (Ueber die Berechtigung dieser Classificationen vgl. Rudorff zu Puchta Vorles. §. 46 Anm. 1 seit der vierten Ausgabe. R.)

c) (Windscheid I. §. 42 a. E. §. 121 a. E. Bekker in Pözl's krit. Ztschr. 6, S. 478, Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 53. 58. Bremer Pfandrecht S. 36 f. A. M. v. Vangerow I. S. 688.

d) Dies geschieht besonders zur Unterscheidung vom Besitz, weil dieser eine subjective unveräußerliche Willensmacht enthält. L. 115 D. de V. S. (50, 16) possessio ab agro iuris proprietate distat — possessio ergo usus, ager proprietas loci est. praedium — generale nomen est, nam et ager et possessio huius appellationis species sunt. Vgl. dagegen oben §. 28 [a]. R.)

Drittes Kapitel.

Die Entstehung und Endigung der Rechte.

I. Allgemeines.

§. 47.

Die Existenz eines Rechts setzt ein berechtigtes Subject voraus[a]). Jede Entstehung eines Rechts ist daher Erwerb desselben durch eine Person, jede Endigung Verlust von Seiten des Berechtigten. Ein Recht kann entstanden, und seine Wirkung ganz oder theilweise noch aufgeschoben seyn, umgekehrt kann seine Wirkung nie vor seiner Entstehung eintreten[a*]). Ebenso kann seine Wirksamkeit nicht fortdauern, wenn es aufgehoben ist, und umgekehrt ist ein Recht stets aufgehoben, wenn ihm seine Wirkung durch das entgegenstehende Recht eines Anderen vollständig entzogen ist[b]). Der Erwerb kann so geschehen, daß mit ihm das Recht auch überhaupt erst entsteht (absolute Entstehung), oder so, daß ein bisher schon, nur bey einer anderen Person, bestehendes Recht erworben wird (relative Entstehung: in der Person des Erwerbers). Ebenso kann der Verlust ein absoluter Untergang des Rechts, oder nur ein relativer, für den jetzigen Berechtigten seyn, während das Recht auf einen Anderen übergeht. Diese Unterscheidung fällt zum Theil, aber nicht vollständig mit folgender zusammen.

Die Erwerbung kann 1) unabhängig von dem Recht eines Anderen seyn, originärer Erwerb; 2) abhängig von dem Recht eines Anderen, so daß dieses die Quelle, dieser der Urheber (auctor) des erworbenen Rechts ist, abgeleiteter, derivativer Erwerb, welcher daher durch das Recht des Auctors bedingt ist[c]). Hier sind zwey Fälle möglich: a) das

a) (Windscheid §. 49 Anm. 2 und §. 66 nimmt auch subjectlose Rechte an und gründet darauf die Unterscheidung zwischen Entstehung und Erwerb des Rechts. Allein mit der Voraussetzung fällt auch diese Folgerung §. 28a. R.)

a*) Eine Modification dieses Grundsatzes ist möglich, wenn die Erfordernisse für die Entstehung eines Rechts theilweise schon vorhanden sind, aber sein vollkommenes Daseyn (also nicht blos seine Wirkung) noch, namentlich durch eine Bedingung, suspendirt ist. Ein solches wird berücksichtigt, wo es sich um Sicherung desselben handelt. So z. B. L. 40 D. ad L. Aquil. (9, 2). Darauf bezieht sich die Eintheilung in gegenwärtige und zukünftige Rechte.

b) Z. B. L. 66 D. de R. I. (50, 17): Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem.

c) L. 175 §. 1 D. de R. I. (50, 17): non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit. L. 177 pr. eod.

erworbene Recht ist ein neues, aus einem Bestandtheil des Rechts des Auctors gebildetes, der Erwerb enthält für diesen nur einen theilweisen Verlust, eine Beschränkung seines Rechts, b) es ist dasselbe Recht, wie es der Auctor hatte, welches auf den Erwerber übergeht. Der Erwerber tritt hier an die Stelle des bisher Berechtigten ein, dieß ist der Erwerb durch Succession[d]). Succession ist der Eintritt in das Recht eines Anderen vermöge eines juristischen Verhältnisses, das zwischen beiden besteht, und den Uebergang des Rechts begründet[e]). Dieses Verhältniß bezieht sich entweder lediglich auf einzelne Rechte, welche vermöge desselben übergehen sollen: Singularsuccession (in singulas res succedere), oder auf die Persönlichkeit des bisherigen Berechtigten, mithin auf den Uebergang einer Gesammtheit von Rechten: Universalsuccession (in universum ius succedere, die einzelnen Rechte gehen mit und durch die Gesammtheit über, per universitatem transeunt, per universitatem successio[f]).

§. 48.

Die Thatsachen, mit denen das Recht die Wirkung des Erwerbs oder Verlustes von Rechten verknüpft, sind für die verschiedenen Classen von Rechten verschieden bestimmt[g]). Ein wichtiger Unterschied ist, ob

d) Vgl. Savigny, System III. §. 105.

e) (Neuerdings haben manche entweder die Identität oder das Causalverhältniß von dem Begriffe ausgeschlossen. Ersteres z. B. Kuntze, Obl. S. 15 f. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 166. v. Salpius, Novation S. 345 f., indem sie nicht das Recht, sondern nur den Rechtsstoff übergehen lassen. Letzteres Brinz, Jahrb. des gem. Rechts III. S. 31. 32, Pand. I. S. 200. 563, Lenz, Recht des Besitzes S. 45—76. Durch Ausschließung des ersten Moments würde der Unterschied zwischen Constitution, Novation und Succession, Bestellung, Erneuerung und Rechtsübertragung, durch Beseitigung des zweiten dagegen die Differenz zwischen originärem und derivativem Erwerb, Rechtsübertragung und Dereliction, Occupation, Usucapion ganz verwischt werden. Vgl. Exner, Tradition (1867) S. 1. 2. Windscheid §. 65 Note 3. R.)

f) Nur bei der Singularsuccession steht der bisherige Berechtigte dem Erwerber noch abgesondert als eine unabhängige Person gegenüber, daher wird ihm für diesen Fall vornehmlich der Name auctor beigelegt, vgl. Puchta, Cursus der Instit. II. §. 198 Note c. (Savigny, Syst. III. S. 8—21. Uebrigens giebt es eine Succession ohne Rechtsnachfolge, nämlich die successio in locum, Gai. 3, 7. 8. L. 24 D. de pec. const. (13, 5), L. 2 D. de cess. bon. (42, 3). Tit. Cod. 8, 19 de his qui in priorum creditorum locum succedunt (8, 19). Dieses ist aber lediglich eine Succession in die Priorität, die nur vorkommt bei dem Pfandrecht und der Erbfolge. R.)

g) Für eine ganz allgemeine Endigungsart von Rechten hat man die Nichtausübung während einer gewissen Zeit gehalten, von welcher Regel dann nur einzelne Rechte eine Ausnahme machen sollten, die man res merae facultatis nannte. Die Sache verhält sich in der That umgekehrt.

der Erwerb durch eine Handlung des Erwerbers vermittelt werden muß, oder ob er einer solchen nicht bedarf (ipso iure geschieht, s. g. adquisitio immediata). So ist auch die Endigung des Rechts entweder an eine Handlung des Berechtigten geknüpft, oder davon unabhängig. Dort kann eine Handlung unwillkürlich diese Folge haben (ein solcher Verlust als Folge einer unerlaubten Handlung heißt Verwirkung), oder es wird die Absicht des Berechtigten, das Recht aufzugeben, vorausgesetzt. Jeder Verlust, der in der Absicht des Berechtigten seinen Grund hat, heißt Veräußerung, alienatio[h]); Verzicht, renuntiatio, heißt sie, wenn sie ohne Uebertragung des Rechts auf einen Anderen geschieht[i]).

Die wichtigsten der Thatsachen, welche als Entstehungs- und Endigungsgründe von Rechten vorkommen, sind Handlung und Zeit, deren allgemeine Rechtstheorie hier darzustellen ist.

II. Handlungen als Entstehungs- und Endigungsarten von Rechten[*]).

§. 49.

Juristische Handlungen heißen die, welchen als solchen eine rechtliche Wirkung zukommt. Diese Wirkung kann in einem doppelten Verhältniß zur Handlung, und insbesondere zur Absicht des Handelnden stehen: 1) sie liegt in seiner Absicht und setzt diese voraus; solche juristische Handlungen, deren Absicht auf eine rechtliche Wirkung geht,

---

h) Ja sogar die Fälle werden herbeigezogen, wo diese Absicht nicht der unmittelbare Grund, sondern nur die mittelbare Ursache des Verlusts war, der ohne sie in dem vorliegenden Fall nicht eingetreten wäre. L. 28 pr. D. de V. S. (50, 16): Alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicimus, qui non utendo amisit servitutes —.

i) Der Verzicht nimmt bey den verschiedenen Rechten verschiedene Gestalten an. Darnach bestimmt sich namentlich, ob eine einseitige Handlung dazu hinreicht, oder ein Vertrag nöthig ist. Solche einzelne Gestalten des Verzichts sind: Dereliction des Eigenthums, des Nießbrauchs, Erlaßvertrag, Repudiation des Erbrechts, Repuls des Vermächtnisses. Eine allgemeine Lehre vom Verzicht, d. h. Grundsätze, die auf der einen Seite blos für diese Art der Veräußerung, auf der anderen für alle Gestalten des Verzichts gelten, giebt es nicht (auch die Titel des canonischen Rechts de renuntiatione beziehen sich nur auf einen besonderen Fall). (Eine allgemeine Lehre vom Verzicht wird aufgestellt von Gräbe, die Lehre des Verzichts 1843, Bacher, Revision des Verzichtsbegriffs, in Jhering's Jahrb. V. (1862) 5, welcher Letztere überdies Thatsache und Wirkung des Verzichts confundirt und selbst bey künftigen Rechten ein „Erlöschen des Rechts" für möglich hält, ehe es begründet ist. R.)

a) Savigny, System III.

heißen Rechtsgeschäfte; 2) sie ist von der Absicht des Handelnden unabhängig, also eine unwillkürliche Folge der Handlung. Dieß ist möglich a) bey Rechtsgeschäften, sofern diese außer ihrer beabsichtigten Wirkung noch eine andere haben können, die der Handelnde nicht beabsichtigt zu haben braucht; stets aber ist es der Fall b) bey den unerlaubten, rechtswidrigen Handlungen, deren rechtliche Wirkungen durchweg unabhängig von dem Willen des Handelnden eintreten.

Die Erfordernisse einer juristischen Handlung sind: 1) Willensvermögen in dem Handelnden; 2) Richtung des Willens auf etwas (Entschluß), bey Rechtsgeschäften auf den juristischen Zweck derselben, der daher in dem Bereich der rechtlichen Einwirkung des Handelnden liegen muß, bey rechtswidrigen Handlungen auf die Rechtsverletzung, sey es durch bösliche Absicht (dolus) oder durch rechtswidrige Vernachlässigung der Behutsamkeit und Vorsicht (Fahrlässigkeit, culpa); 3) Aeußerung des Willens (factum), sey es durch ein Thun (positive) oder durch ein Unterlassen (negative Handlungen); ohne diese Aeußerung besteht keine juristische Handlung [b]).

Bey der Anwendung dieser Grundsätze und ihrem Einfluß auf die juristischen Handlungen kommen zwey Momente zur Sprache: 1) das Subject, 2) der Act der Handlung selbst, und dieser theils von Seiten seines Inhalts, theils von Seiten seiner Form.

A. Subject der Handlung.

1. Handlungsfähigkeit.

§. 50.

Es giebt Personen, denen das Willensvermögen abgeht; sie sind wie natürlicher, so auch juristischer Handlungen jeder Art vollkommen unfähig. Solche sind die Wahnsinnigen [a]), und die sich sonst im Zustand der Vernunftlosigkeit befinden [b]). Ebenso aber werden die Kinder

b) L. 53 in f. D. de V. S. (50, 16): — nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit. L. 225 eod., L. 18 D. de poen. (48, 19): cogitationis poenam nemo patitur. — Das Factum also ist ein wesentliches Element der Handlung, aber es ist diese nicht für sich allein. Daher ist nicht jede Unterlassung eine Handlung (wie auch nicht jedes Thun), sonst wäre der Schlafende handelnd, sondern (Omissiv-)Handlung ist nur die aus einem Entschluß hervorgegangene Unterlassung.

a) L. 1 §. 3, L. 18 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 1 §. 12 D. de O. et A. (44, 7), L. 40 D. de R. I. (50, 17), L. 5 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): — si furiosus damnum dederit — cessabit Aquilia actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, aut si tegula ceciderit.

b) Savigny, System III. S. 85 ff., c. 7 C. 15 qu. 1: — nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, iacent sepulti, ideoque si qua per vinum delie-

unter sieben Jahren (§. 23) behandelt[c]). Endlich sind juristische Personen, als bloße Begriffe, willenlos[d]). Alle diese Personen können daher nur durch Stellvertreter in den rechtlichen Verkehr eingreifen (§. 52. 53).

Dann sind Personen, denen, obwohl ihnen die Möglichkeit eines Willens nicht fehlt, die Einsicht in die rechtliche Bedeutung der Handlungen abgeht, der juristische Verstand, welcher als ein Moment bey dem zweiten Erforderniß juristischer Handlungen, dem Entschluß (§. 49), zur Sprache kommt. Dieser Mangel wird bey reinen Erwerbungen nicht berücksichtigt, wohl aber bey Handlungen, durch die ein Recht aufgegeben oder sonst verloren oder eine Verbindlichkeit übernommen wird. Dieser Veräußerungs- und Verpflichtungsverhandlungen sind aus jenem Grund unfähig 1) Unmündige (impuberes infantia maiores, §. 23)[e]), nur daß sie durch ihre unerlaubten Handlungen verpflichtet werden, wenn sie so nahe an der Pubertät stehen (pubertati proximi), daß sie die Einsicht in ihre Rechtswidrigkeit besitzen[f]); für Rechtsge-

---

rint, apud sapientes iudices venia quidem facta (l. facti) donantur, sed levitatis damnantur auctores. Auch den höchsten Grad des Zorns hat man hierher gerechnet wegen L. 48 D. de R. I. (50, 17), L. 3 D. de divort. (24, 2).

c) L. 1 §. 13 D. de O. et A. (44, 7), L. 1 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7), L. 32 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2): — nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Man ist bey der Erwerbung des Besitzes über die Gränzlinie der sieben Jahre zurückgegangen §. 127, eben so bey der Restitution eines Universalfideicommisses. L. 65 §. 3 D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

d) L. un. §. 1 D. de lib. univers. (38, 3): — consentire non possunt. — L. 1 §. ult. D. de adqu. poss. (41, 2), Ulp. fragm. XXII. 5. Daher kann auch von Delicten juristischer Personen nicht die Rede seyn. Von den Gliedern der Corporation spricht L. 9 §. 1 D. quod metus (4, 2): — sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit; — von einer Verpflichtung ex re, L. 15 §. 1 D. de dolo m. (4, 3).

e) L. 28 pr. D. de pact. (2, 14), L. 9 D. de auct. tut. (26, 8), L. 8. 9 D. de adqu. her. (29, 2), L. 11 D. de adqu. dom. (41, 1), §. 9. 10 I. de inutil. stip. (3, 19), pr. I. de auct. tut. (1, 21): — placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore. Es versteht sich von selbst, daß diese Beschränkung nur auf solche Verpflichtungen wirkt, deren Quelle eine Handlung des Verpflichteten ist, nicht wo die Obligatio aus einem anderen Umstand (ex re) entsteht, z. B. aus der Thatsache der Bereicherung. L. 3 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5), L. 5 pr. D. de auct. tut. (26, 8) u. a. Vgl. L. 46 D. de O. et A. (44, 7). S. noch unten §. 237. — Nahezu einer gleichen Beschränkung der Handlungsfähigkeit, wie die Unmündigen, unterlagen im älteren Recht die Frauen; diese ist im neueren Recht weggefallen.

f) §. 18 I. de obl. ex del. (4, 1): — si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere. L. 5 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): — si sit iam iniuriae capax. L. 1 §. 15 D. de pos. (16, 3), L. 4 §. 26 D. de doli. exc. (44, 4), L. 111 pr. D. de R. I. (50, 17), vgl. L. 13 §. 1, L. 14 D. de dolo m. (4, 3). (Vgl. Heidelb.

schäfte kann ihre Handlungsfähigkeit durch tutoris auctoritas, die zu ihrer natürlichen Handlung von Seiten des dabey gegenwärtigen Tutors hinzutritt, ergänzt werden[g]); 2) Prodigi, d. h. Personen, denen durch ein obrigkeitliches Decret die Verwaltung und Verfügung über ihr Vermögen wegen Verschwendung entzogen worden ist[h]), die den Unmündigen gleichgestellt sind[i]), nur daß sich diese Beschränkung nicht auf die unerlaubten Handlungen erstreckt, und ihre Handlungsfähigkeit nicht durch auctoritas tutoris ergänzt werden kann[k]).

Endlich sind auch durch das dritte Erforderniß: Aeußerung des Willens, manche Personen von manchen Handlungen ausgeschlossen. So von Handlungen, die in dem mündlichen Aussprechen von Worten bestehen, oder Gehör voraussetzen, die Stummen oder Tauben[l]). Diese Ausschließung ist eine natürliche, und ist durch den Umfang des natürlichen Hindernisses begränzt, eine auf juristischen Gründen beruhende ist dagegen die der Unmündigen von allen Rechtsgeschäften mit einer solennen civilrechtlichen Form (auch solchen, deren sie nicht schon durch ihren Inhalt — s. oben — unfähig sind)[m]); dieß wurde auf alle gerichtlichen Handlungen angewendet, und die Ausschließung von diesen (doch auch mit der Möglichkeit derselben unter auctoritas tutoris) ist noch im neuesten Recht geblieben[n]).

Krit. Zeitschr. I. 3 [1852] S. 301 f. R.) Gegen den Irrthum, daß eine Verpflichtung durch culpa früher eintrete, als durch dolus s. Savigny, System III. §. 108, Note g.

g) L. 5 D. de R. I. Vgl. die Stellen der Note e und überhaupt Inst. I. 21. Dig. XXVI. 8. Cod. V. 59. S. §. 347.

h) L. 1 pr. 10 pr. D. de curat. fur. (27, 10), L. 18. pr. D. qui testam. fac. p. (28, 1).

i) L. 9 §. 7 D. de reb. cred. (12, 1): — pupillo eum comparandum. — L. 6 D. de V. O. (45, 1).

k) In diesen letzten Hinsicht stehen sie wie furiosi, so ist zu verstehen L. 40 D. de R. I. (50, 17): Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est. — Ebendeshalb muß man für einige Geschäfte, deren sie streng genommen nicht fähig wären, unter Voraussetzung ihrer Vortheilhaftigkeit eine Ausnahme machen, so bey Novationen, L. 3 D. de novat. (46, 2), beim Erbschaftsantritt, L. 5 §. 1 D. de adq. her. (29, 2), während bey Pupillen die Möglichkeit der Auctoritas eine solche Ausnahme unnöthig macht.

l) Z. B. §. 7 I. de innt. stip. (3, 19).

m) Ulpiani fragm. XI. 27.

n) L. 1 §. 2. 4 D. de admin. tut. (26, 7), L. 1 2 C. qui legit. personam standi in iudicio hab. (3, 6).

2. Dispositionsbefugniß.

§. 51.

Bey Rechtsgeschäften tritt zu der Handlungsfähigkeit als ein weiteres Erforderniß noch hinzu die Befugniß, über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts in der durch dieses gegebenen Art zu verfügen. Diese Befugniß kann ausgeschlossen seyn 1) dadurch, daß der Gegenstand überhaupt den Privatdispositionen entzogen ist; der allgemeine Grundsatz ist, daß durch Rechtsgeschäfte Rechte, wie sie dem bestehenden Recht gemäß sind, gegeben, nicht aber Rechtssätze aufgestellt werden können[a]), und daraus folgt auch, daß über Sachen, die dem Commercium entzogen sind, nicht durch Rechtsgeschäfte verfügt werden kann[b]); 2) dadurch, daß dem Handelnden die in Rede stehende Verfügung nicht zukommt, entweder a) weil er keine rechtliche Macht über den Gegenstand hat (wie z. B. bey Verfügungen über fremde Sachen), ein Mangel, der durch Consens oder Ratihabition des Berechtigten gehoben werden kann[c]), oder b) weil dem Berechtigten diese Verfügung durch rechtliche Vorschrift untersagt ist.

Dieß letztere ist in Beziehung auf Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte der Fall bey den Personen, welchen die Administration des Vermögens entzogen ist, also bey allen Bevormundeten (auch ab-

a) L. 38 D. de pact. (2, 14): ius publicum (das Recht selbst als Wille der Gesammtheit) privatorum pactis mutari non potest. L. 7 §. 7, L. 27 §. 4 eod., L. 27. 45 §. 1 D. de R. I. (50, 17).

b) L. 39 §. 8—10 D. de leg. I. (30), L. 83 §. 5 D. de V. O. (45, 1), L. 34 §. 1. 2 D. de contr. emt. (18, 1).

c) Ein solcher Consentient ist nicht als Subject des Rechtsgeschäfts zu betrachten. L. 160 pr. D. de R. I. (50, 17): aliud est vendere, aliud vendenti consentire. Die nachfolgende Genehmigung (ratihabitio) steht der vorhergehenden Zustimmung gleich, ihre Wirkung wird daher zurückbezogen auf den Zeitpunkt des Geschäfts, welches ratihabirt wird, soweit der Ratihabent diesen Willen haben konnte (also nicht mittlerweile erworbene Rechte Dritter entgegenstehen, und auch kein entgegengesetzter Wille desselben nachzuweisen ist. L. 16 §. 1 D. de pignor. (20, 1): Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere (oder hoc ipso q. r. h. v. e. r. recurrere *ratihabitionem)* ad illud tempus, quo convenit; voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. Vgl. L. 7 pr. C. ad S. C. Maced. (4, 28), L. 25 in f. C. de donat. inter vir. (5, 16). Ein anderer Fall ist, wenn die Ratihabition von einem Subject des Rechtsgeschäfts selbst ausgeht, hier sind zwey Fälle möglich: 1) Bestätigung des früheren Geschäfts, namentlich durch Verzicht auf seine Anfechtung und Revocation, hier tritt Retrotraction ein. L. 25 C. cit. vgl. L. 1 C. si maior factus ratum hab. (2, 46) u. a.; 2) neue Abschließung des Geschäfts, hier fällt die Retrotraction natürlich weg, s. L. 65 §. 1 D. de ritu nupt. (23, 2), L. 4 §. 6 D. de off. procons. (1, 16). Das Letztere ist überall anzunehmen, wo

gesehen von denen, die in ihrer Handlungsfähigkeit — unabhängig von einer bestehenden Vormundschaft — beschränkt sind, §. 50), so namentlich bey handlungsfähigen Minderjährigen, wenn sie einen Curator haben. Aber auch dieser Mangel kann durch den Consens oder die Ratihabition des Vormunds gegeben werden[d]).

3. Handlung durch Stellvertreter.

§. 52.

Bey der Frage, inwiefern eine Handlung für uns durch Andere mit derselben Wirkung vorgenommen werden kann, wie wenn wir sie selbst vorgenommen hätten, scheiden sich vor allem die unerlaubten Handlungen aus, die außer dem Bereich des rechtlichen Verhältnisses der Stellvertretung liegen[a]). Für Rechtsgeschäfte aber geht das rö-

---

das früher abgeschlossene Geschäft wegen des nun beseitigten Mangels nicht blos anfechtbar oder revocabel, sondern nichtig war. (Vgl. im Allgemeinen Seuffert, die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte. 1868. R.)

d) Diese Zustimmung des Vormunds ist unbestritten nothwendig bey Veräußerungsgeschäften, auch in Beziehung auf die Verpflichtung daraus. L. 3 C. de in int. rest. minor. (2, 22): Si curatorem habens minor XXV. annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis (Dioclet.). Dasselbe muß auch von Verpflichtungen schlechtweg gelten, die in der That dem Erfolg nach mit den Veräußerungen übereinkommen, und dieß wird bestätigt durch L. 26 C. de admin. tut. (5, 37), (vgl. L. 8 pr. D. de adqu. hered 29, 2), L. 2 C. qui legit. pers. (3, 6), L. 60. 61 D. de iure dot. (23, 3), vgl. Fragm. vat. §. 110). S. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 202 Note aa. Dessenungeachtet bestreiten mehrere neuere Juristen die Nothwendigkeit des Consenses für Verpflichtungen: Marezoll, Zeitschrift für Civilrecht II. 12 (1829). Savigny, von dem Schutz der Minderjähr. 1833 S. 32 ff. Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. X. S. 287 f. Rudorff, Recht der Vormundsch. II. S. 284 ff. Vangerow, Leitfaden I. S. 463 ff. (zum Theil eine irrige Darstellung der herrschenden Ansicht mit ihrer Wahrheit identificirend), vornehmlich wegen L. 101 D. de V. O. (45, 1): Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari (Modestin.), womit nur die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen ausgesprochen wird (die man gewöhnlich, diesseits und jenseits, mit unserer Frage vermischt), und mit Herbeiziehung solcher Stellen, die entweder ausdrücklich von Minderjährigen ohne Curatoren sprechen, wie L. 141 §. 2 D. de V. O.: — pubes vero qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias, obligari solet —, oder bey denen man die Existenz eines Curators, wovon alles abhängt, willkürlich hinzudenken muß. (Vgl. jedoch: Puchta, Vorlesungen 4. Ausgabe 1854 §. 51 Note 3. 6. R.)

a) Vgl. L. 15 D. ad L. Corn. de sic. (48, 8), L. 2 D. de noxal. act. (9, 4). (Brinz, krit. Blätter Nr. 2 [1852] hat sich das Verdienst erworben, den unerträglich schwankenden, modernen Begriff der Repräsentation wenigstens in eine feste

mische Recht von dem Grundsatz aus, daß diese ihre Wirkung unmittelbar nur für den Handelnden haben[b]), und die Vornahme der Handlung durch einen Anderen ist entweder überhaupt nicht möglich, wenn nämlich die Handlung eine gewisse Qualität voraussetzt, die dem Anderen nicht zukommt[c]), oder nur so, daß der Handelnde selbst in das Rechtsverhältniß eintritt (z. B. erwirbt oder sich verpflichtet), und diese Wirkung nachher durch einen Act von ihm auf den Repräsentirten übergeht, soweit das Rechtsverhältniß eine solche Uebertragung zuläßt.

Diese Regel hat Modificationen erlitten 1) durch den Rechtssatz, daß der in der potestas Stehende vermöge der Natur dieser Gewalt dem Gewalthaber erwirbt[d]); 2) durch Zulassung einer freien Repräsentation in vielen Fällen mit unmittelbarer Wirkung[e]), es wurde nämlich der Erwerb des Besitzes durch freie Repräsentanten, und da-

---

Definition zu fassen: „Vollführung fremder Geschäfte nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach." Dadurch scheiden z. B. die Bürgschaft, der Erwerb für ein Peculium, der Erwerb des Institor für sich selbst, die gewöhnlich hierher gerechnet werden, aus dem Gebiet der Stellvertretung aus. Einige (Jhering, Jahrb. I. 274. 312. 350, v. Scheurl, das. II. 19, Unger, Syst. d. österr. Privatr. II. §. 90 S. 133) beschränken den Begriff der Stellvertretung — gegen den Wortsinn und die rechtliche Stellung — auf den Abschluß in fremdem Namen, wer auf eigenen Namen abschließt, soll nicht Stellvertreter, sondern „Zwischenperson, Ersatzmann", höchstens „stiller Stellvertreter" heißen. Allein „der Name thut nichts zur Sache", der Adstipulator klagt so gut suo nomine wie der Correalgläubiger, gleichwohl ist jener Stellvertreter, dieser nicht. R.)

b) (Wenn überhaupt eine Verbindung zwischen der Wirkung und dem Subject besteht, wie es bey denen der Fall ist, wodurch jemand berechtigt oder verpflichtet werden soll. Daß dagegen z. B. jemand eine fremde Schuld mit voller Wirkung für den Schuldner zahlen kann, ist so wenig eine Repräsentation desselben, als die Expromission. Ferner ist von der Repräsentation der Fall zu unterscheiden, wo jemand sich einer anderen Person nur als des Mediums bedient, durch das er seine Willenserklärung an jemanden gelangen läßt, so z. B. L. 2 §. 2 D. de O. et A. (44, 7). Der nuntius ist so wenig Repräsentant, als der Brief. (Vgl. Jhering in den Jahrb. für Dogm. I, 7, v. Scheurl, daselbst II, 1, Jhering, daselbst II, 3. Auch der octavus subscriptor §. 466 g ist nur Stellvertreter in der Willenserklärung. R.)

c) Z. B. die Erwerbung des Erbrechts setzt die Delation an den Erwerber voraus.

d) Inst. II. 9: per quas personas nobis adquiritur. III. 29: per quas pers. nob. obligatio adquir. Vgl. Gai. II. 86 sqq. III. 163 sqq.

e) L. 53 D. de adq. dom. (41, 1): Ea, quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti per stipulationem (dieses Beispiel beruht sicher [vgl. jedoch z. B. L. 15 §. 3 D. de castr. pec. 49, 17, L. 7 pr. D. de auct. tut. (26, 8), L. 18 §. 3 D. de stip. serv. (45, 3). R.] auf einer Interpolation); quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus (Modestin.). Vgl. Puchta, Cursus der Instit. II. §. 203. Abweichend ist Savigny, System III. §. 113. (Obl. Recht II. §. 56. R.)

mit jeder andere, der dadurch bedingt wird, angenommen[f]). Aber noch im neuesten Recht ist die Contrahirung von Obligationen durch die Handlung freier Repräsentanten als eine directe und unmittelbare (ohne daß die Obligation durch die Person des Repräsentanten hindurchginge) ausgeschlossen (§. 273)[f*]), und auch solche Handlungen giebt es noch, bey denen, indem das dadurch zu begründende Rechtsverhältniß einen Durchgang durch die Person des Stellvertreters nicht zuläßt, überhaupt die Thätigkeit eines Repräsentanten ausgeschlossen ist, so bey der Begründung und Aufhebung von Familienverhältnissen, bey der Errichtung eines Testaments und regelmäßig bey der Erwerbung des Civilerbrechts.

§. 53.

Wo eine Handlung für einen Anderen mit (unmittelbarer oder mittelbarer) Wirkung vorgenommen werden kann, wird ein Repräsentationsverhältniß zwischen dem Handelnden und dem Repräsentirten vorausgesetzt. Dieß kann 1) in einer Gewalt des letzten über den ersten begründet seyn; soweit die Wirkung der Handlung für den Gewalthaber eine nothwendige Folge der Gewalt ist, bedarf es nicht einmal dessen Willens, außerdem, namentlich zur Verpflichtung desselben, ist sein Befehl oder seine Genehmigung erforderlich (§. 277); 2) in der Verfassung einer juristischen Person, durch welche die Repräsentation derselben festgesetzt wird, bey Corporationen namentlich kann die Repräsentationsgewalt der Versammlung aller Glieder, oder einem engeren Ausschuß, oder vielleicht, je nach Gestalt der Verfassung, einem einzelnen Oberhaupt zustehen[g]); auch hier ist der Wille des Repräsentirten nicht erforderlich, ja es ist nur dadurch eine Handlung juristischer Personen möglich, daß der verfassungsmäßige Beschluß jener Repräsentanten als Wille der juristischen Person gilt. Endlich kann das Repräsentationsverhältniß 3) ein vollkommen freies seyn (keine Gewalt des Repräsentirten über den Repräsentanten, noch umgekehrt). Ein solches kann beruhen a) auf einem Amt: bey den Beamten einer juristischen Person (Corporation oder milden Stiftung), bey den Vormün-

f) L. 1 C. per quas pers. nobis adquir. (4, 27): Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati iuris est — (Diocl et.). Auch die bonorum possessio ist herbeigezogen worden, §. 501, ja in gewissen Fällen sogar die hereditas §. 497. Justinian hat noch die unmittelbare Erwerbung eines Pfandrechts durch Vertrag des Procurators hinzugefügt. L. 2 C. eod., vgl. L. 11 §. 6 D. de pign. act. (13, 7), L. 21 pr. D. de pignor. (20, 1).

f*) (Vgl. hiergegen §. 237 Anm. a. a. E. R.)

g) Vgl. Savigny, System II. §. 96—100.

dern[h]); auch hier ist der Wille des Repräsentirten nicht erforderlich, soweit der Repräsentant seiner Amtspflicht gemäß handelt, b) auf einem Auftrag (oder, was diesen ersetzt, nachfolgender Genehmigung)[i]), ein solcher Repräsentant heißt procurator, der Repräsentirte dominus. Hier ist daher der Wille des Repräsentirten erforderlich, und die Handlung hat eine Wirkung für ihn nur insoweit, als sie seinem Willen gemäß geschehen ist. Die Vollmacht, auf der die Eigenschaft des Procurators beruht, kann in Beziehung auf das vorzunehmende Geschäft eine specielle oder generelle seyn, das letzte, wenn sie das in Rede stehende Geschäft nicht speciell bezeichnet, sondern nur in einer Gattungsbezeichnung enthält[k]). Unter einer generellen Vollmacht sind an sich nur die Handlungen zu begreifen, die wesentlich zu diesem Genus gehören[l]). Einem procurator omnium bonorum kann allein die custodia, Sorge für die Erhaltung der Güter, übertragen seyn, aber auch administratio, volle Vermögensverwaltung, worin auch Veräußerungsbefugniß (nur nicht durch Schenkung)[m]) liegt, und hier können entweder gewisse Handlungen ausgenommen seyn, oder die Verwaltung kann unbeschränkt seyn (libera administratio). Aber auch in diesem letzten Fall ist der Procurator immer noch an den vermuthlichen Willen des Dominus gebunden[n]).

---

h) Nach der neueren Rechtsansicht, wonach die Vormundschaft keine Gewalt ist. Von den Handlungen, die der Repräsentant des Mündels vornimmt, sind zu unterscheiden die aus seinem Administrationsrecht fließenden.

i) Auch diese Ratihabition wird retrotrahirt (§. 51 Note c). L. 56 D. de iudic. (5, 1). Man hat daran gezweifelt aus Mißverständniß solcher Stellen, welche nur sagen, daß die Obligation zwischen dem negotiorum gestor und dem dominus durch Ratihabition nicht hinterher in eine Mandatsobligation verwandelt wird, z. B. L. 9 D. de neg. gest. (3, 5). Vgl. Hufeland über d. versch. Wirk. d. Genehm., in den Abh. über den Geist des R. R. I. S. 299 ff. (Ihering. Jahrb. für Dogm. I. S. 295—301, Dernburg, Pfandrecht I. S. 207 f., 229 f. Windscheid §. 73. 84 Anm. 5. 6. 10. Arndts §. 78 Anm. 1. R.)

k) Diese Begriffe sind relativ. Der Procurator z. B., dem die Führung eines bestimmten Processes aufgetragen ist, ist hinsichtlich des Processes specialis procurator, im Gegensatz gegen einen Procurator, der z. B. für alle Processe oder überhaupt für die ganze Vermögensverwaltung bestellt ist, in Beziehung auf die einzelnen in der Proceßführung begriffenen Handlungen dagegen ist er, wenn sie nicht speciell genannt sind, generalis.

l) Daher in einer Proceßvollmacht nur die Handlungen liegen, die zur Herbeiführung der richterlichen Entscheidung, als dem ordentlichen Zweck des Verfahrens erforderlich sind, nicht die Beilegung des Rechtsstreits durch einen Vergleich, wenn sie nicht namentlich aufgeführt ist: L. 60 D. de procur. (3, 3), L. 17 §. 3 D. de iureiur. (12, 2).

m) L. 7 pr. D. de donat. (39, 5).

n) Er kann veräußern, Vergleiche schließen, L. 58, 59 D. de procur. (3, 3), L.

Die nähere Bestimmung der Thätigkeit des Repräsentanten, welche erforderlich ist, um die unmittelbare oder mittelbare Wirkung für den Repräsentirten hervorzubringen, gehört in die Lehre von den einzelnen Rechtsverhältnissen, Besitz, Eigenthum, Obligationen, Erbrecht.

B. Act der Handlung.

§. 54.

Der Act der Handlung besteht bey unerlaubten Handlungen in einer That oder Unterlassung, durch welche fremde Rechte verletzt werden, bey Rechtsgeschäften in Willenserklärungen, durch welche ein Rechtsverhältniß hervorgebracht, aufgehoben oder verändert werden soll. Der allgemeine Inhalt des Rechtsgeschäfts beruht auf der Existenz des bestimmten Willens, seiner Erklärung, und damit also auf der Uebereinstimmung beider, der besondere auf dem besonderen Zweck des Rechtsgeschäfts und den zu seiner Erreichung oder Sicherung getroffenen Festsetzungen.

Die Rechtsgeschäfte zerfallen in zwey große Massen, jenachdem sie die Willenserklärung blos einer einseitig für den Zweck des Geschäfts handelnden Person enthalten (einseitige Rechtsgeschäfte), oder in den gegenseitigen Willenserklärungen mehrerer übereinstimmend thätiger Personen bestehen (zweiseitige Rechtsgeschäfte). Die zweiseitigen Rechtsgeschäfte heißen Verträge[a]). Vertrag ist die auf ein Rechtsverhältniß der Vertragschließenden gerichtete Uebereinkunft[b]); er ist eine allgemeine Rechtsform, durch welche Rechte verschiedenster Art (Rechte an Sachen, Obligationen, Rechte an Personen) hervorgebracht oder aufgehoben werden können. Bey dem Vertrag kommt zu dem allen Rechtsgeschäften gemeinsamen Erforderniß der Willenserklärung und der Uebereinstimmung des Willens und der Erklärung, was hier von bei-

---

17 §. 3 de iureiur. (12, 2), er aber kann nicht veräußern unter Umständen, wo der Dominus selbst es nie zu thun pflegte. L. 12 D. de pign. act. (13, 7), L. 63 D. de procur. Diese Stellen enthalten also keinen Widerspruch. — Früher suchte man die anscheinende Differenz derselben dadurch zu lösen, daß man ein mandatum cum libera sc. administratione (d. h. mit diesem positiven Zusatz) und sine libera unterschied, und die ersten Stellen von jenem, die zweiten von diesem verstand. Diese Ansicht findet sich schon in Gl. ad L. 58. 63 de procur., sie überging ins canonische Recht c. 4 de procur. in VI. (1, 19), und war in Deutschland lange die ausschließlich herrschende.

a) Savigny, System III. §. 140. 141.

b) L. 1 §. 2 D. de pact. (2, 14): et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.

den Seiten vorausgesetzt wird, noch das der Uebereinstimmung der Willenserklärung des Einen mit der des Anderen hinzu[c]).

1. Der Wille.

a. Einfluß der Motive.

§. 55.

Die Handlung setzt die Richtung des Willens auf ihren Gegenstand voraus, das Daseyn dieses Willens ist es in der Regel juristisch allein, was bey der Handlung zur Sprache kommt, der Proceß seiner Entstehung, also auch die Beweggründe, die dem Entschluß vorhergegangen, sind für die rechtliche Betrachtung gleichgültig. Diese Regel hat indessen erhebliche Ausnahmen, theils bey unerlaubten Handlungen[a]), theils bey Rechtsgeschäften. Die wichtigsten dieser Motive sind Furcht (metus) und Irrthum (error, ignorantia)[b]).

§. 56.

Furcht als Motiv einer Handlung findet an sich gar keine Berücksichtigung, anders, wenn sie durch Drohung (vis ac metus) erzeugt ist[c]), durch einen (psychischen) Zwang, der zwar das Daseyn eines Willens und der (s. g. erzwungenen) Handlung nicht ausschließt, aber gegen welchen dem Gezwungenen nicht zu helfen eine Verletzung der Sittlichkeit wäre. So kann also die durch Drohung veranlaßte Handlung nicht nichtig genannt, aber sie kann durch verschiedene Rechtsmittel

---

c) Man pflegt die gegenseitigen Willenserklärungen beim Vertrag Versprechen und Acceptation zu nennen. Der letzte Ausdruck wäre unbedenklich als ein allgemeiner für die Zustimmung dessen, der durch den Vertrag berechtigt werden soll, zu der Willenserklärung des anderen Theils zu gebrauchen, der Ausdruck Versprechen dagegen ist nicht so allgemein passend, und er hat mit dazu beigetragen, den Vertrag irrthümlich auf die Sphäre der Obligationen zu beschränken.

a) S. z. B. L. 8 §. 10 D. mand. (17, 1): — si tibi mandavi, ut hominem emeres — si dolo emere neglexisti, forte enim pecunia accepta alii cessisti, ut emeret, aut si lata culpa, forte si gratia ductus passus es alium emere teneberis. — L. 7 §. 7 D. de dolo (4,3): — si compeditum servum meum, ut fugeret, solveris, — si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere.

b) Diese Lehre ist auf das vollkommenste dargestellt von Savigny, System III. §. 114. 115 Beil. VIII: Irrthum und Unwissenheit, wodurch frühere Versuche (z. B. Mühlenbruch, Archiv f. civ. Pr. II. 35) (guten theils auch spätere, z. B. Hermann, Zeitschr. für Civilr. und Proceß N. F. III, 3 [1847]. IV, 12 [1847]. V, 3 [1848]. VI, 9 [1849]. VII, 4. 11 [1850]. VIII, 5 [1850]. R.) sich erledigen.

c) L. 9 pr. D. quod metus (4, 2): — metum praesentem, non suspicionem inferendi eius — metum accipiendum, si illatus est timor ab aliquo — L. 21 pr. eod.

angefochten, und der daraus entstehende Nachtheil abgewendet werden[d]), und dieß nicht blos gegenüber dem Zwingenden selbst, sondern auch gegen einen Dritten, der das metus causa gestum geltend macht[e]). Aber diese Wirkung setzt die Drohung eines bedeutenden und in der Macht des Drohenden stehenden Uebels voraus[f]).

§. 57.

Das Motiv einer Handlung oder Unterlassung kann ein Irrthum oder Nichtwissen seyn. Die Thatsache der Handlung existirt, das Daseyn des Willens wird durch den Irrthum nicht ausgeschlossen, die Handlung ist nicht nichtig[g]). Aber auch sonst wird dieses Motiv regel-

---

d) L. 1 eod.: Ait praetor: quod metus causa gestum erit, ratum non habeo. — L. 21 §. 5 eod.: Si metn coactus adii hereditatem, puto me heredem effici: quia, qnamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur. L. 21. 22 D. de ritu nupt. (23, 2). Irrthümer: 1) bey negotia bonae fidei mache der Zwang das Geschäft ipso iure nichtig, vgl. L. 116 pr. D. de R. I. (50, 17): Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quamvis ac metus, quem comprobare contra bonos mores est. L. 21 §. 4 D. quod metus (4, 2): Si metu coactus sim ab emtione, locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur? Et magis est, nt similes species acceptilationi sit et ideo praetoria actio nascitur. L. 23 §. 1. 2. eod.; 2) gewisse einzelne Geschäfte wenigstens seyen wegen Zwangs nichtig (s. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 336), so ein Dotalversprechen wegen L. 21 §. 3 eod.: Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse, ferner die societas nach Analogie von L. 3 §. 3 D. pro soc. (17, 2), L. 16 §. 1 D. de minor. (4, 4), die Manumission wegen L. 9 pr. D. qui et a quib. man. (40, 9), vgl. L. 9 §. 2 D. quod metus, Testamente, auctoritas tutoris wegen L. 1 §. 1 D. de auctor. (26, 8): Tutor si invitus retentus sit per vim, non valet, quod agitur. Neque enim praesentia corporis sufficit ad auctoritatem, ut si somuo aut morbo comitiali oppressus tacuisset. (Gegen Schliemann, die Lehre vom Zwange 1861, welcher auf Grund solcher Stellen, die nur den Erfolg, nicht die Form der Ungültigkeit betreffen, z. B. Paul. sent. I. 7 §. 6. Consult. vet. ICti §. 6. 7, L. 21 §. 3. 4. 6. L. 22 D. L. 3 C. h. t. im römischen Recht selbst einen Widerspruch annimmt und sich wegen vermeinter Natur der Sache für Nichtigkeit entscheidet, vgl. Dworzak in Haimel's Vierteljahrsschrift IX. S. 36—46, Linde's Zeitschrift N. F. XX. Rundschau S. 1—6. Windscheid §. 80 Anm. 2. Arndts §. 61 Anm. 1—3. R.)

e) L. 9 §. 1. 8, L. 10 pr. 14 §. 3 D. quod metus (4, 2), L. 5 C. de his quae vi (2, 20). S. §. 385.

f) L. 5. 6 D. quod metus (4, 2): Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed maioris malitatis. — Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus. L. 3 §. 1, L. 7. 8. 9 pr. eod., L. 7 C. de his quae vi (2, 20).

g) Die beilaufig vorkommende Redeweise: nulla voluntas errantis est und

mäßig nicht berücksichtigt[h]), ausnahmsweise indessen in folgenden Fällen: 1) wenn der Irrthum durch eine rechtswidrige Handlung (Betrug, dolus malus) erzeugt oder benutzt worden ist, indem dem Betrogenen gegen den dadurch erlittenen Nachtheil verschiedene Rechtsmittel zu Gebote stehen, jedoch nur gegenüber dem Betrüger und seinen Successoren[i]); 2) wo das Bewußtseyn von der Rechtswidrigkeit eines Zustands (mala fides, böser Glaube) zur Voraussetzung gewisser Nachtheile gemacht ist; der aus einem Irrthum sich für berechtigt Haltende ist nicht in mala fide, und ebenso schließt der Irrthum die böse Absicht (dolus) bey einer Handlung aus (z. B. putative Ehe)[k]). 3) Umgekehrt sind mit der bona fides, also mit der irrigen Ueberzeugung, im Recht zu seyn, gewisse Vortheile verknüpft (z. B. Usucapion, §. 157d, Fruchterwerb); Irrthum oder Nichtwissen verhindert 4) den Verlust durch manche Versäumnisse, 5) die Anwendung gewisser nachtheilbringender Rechtsvorschriften (so des S. C. Macedonianum und Velleianum); 6) er gehört zur Begründung mancher Klagen (so der condictio indebiti, der aediliciae actiones); 7) endlich gegen einen dadurch erlittenen Nachtheil kann zuweilen eine außerordentliche Hülfe (in integrum restitutio) gesucht werden. In den Fällen 3—7 gewährt nur ein entschuldbarer Irrthum (für den sich also ein genügender und rechtfertigender Grund anführen läßt, error probabilis, iustus) die sie enthalten[l]). Ein solcher ist regelmäßig nur die Nichtkenntniß von Thatsachen, nicht der über Rechtssätze[m]). Doch wird auch der Rechts-

---

ähnliche (L. 20 D. de aqua pluv. 39, 3, L. 8. 9 C. de iur. et f. ignor. 1, 18 u. s. f.) ist nicht als eine Abweichung des römischen Rechts von dem, was die Natur der Sache mit sich bringt, zu verstehen (wie oft, zuletzt von Hermann, Zeitschr. für Civilr. N. F. III. 3. 6. VII. 4 [1846] angenommen ist. N.) Vgl. Savigny, System III. Beil. VIII. 12. Eine Ausnahme ist gemacht bey Testamenten, Erbeinsetzungen insonderheit, Erbschaftsantretungen, deren Gültigkeit durch Nichtwissen oder Irrthum, auf dem sie beruhen, gehindert werden kann, §. 462. 472. 497; wegen anderer, aber nur scheinbarer Ausnahmen s. §. 65.

h) L. 52. 65 §. 3 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 38 D. de dolo (4, 3), L. 17 §. 2. 3 D. de condit. (35, 1).

i) Unrichtig ist die Meinung (Mühlenbruch, Lehrbuch §. 337), daß in einigen Fällen der Betrug das Geschäft nichtig mache, so bey gegenseitigem Betrug zweier Contrahenten wegen L. 57 §. 3 D. de contr. emt. (18, 1), bei der Societät wegen L. 3 §. 3 D. pro soc. (17, 2), bey der auctoritas tutoris wegen L. 5 §. 2 D. de auctor. (26, 8), Stellen, die kein Wort davon enthalten.

k) L. 25 §. 6 D. de H. P. (5, 3), L. 36 §. 1, L. 37 D. de usurp. (41, 3).

l) Dig. XXII. 6, Cod. I. 18: de iuris et facti ignorantia.

m) L. 2 D. eod.: In omni parte error in iure non eodem loco, quam facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque et prudentissimos fallat. L. 12 C. eod.: Constitutiones principum nec

irrthum als Grund zugelassen 1) in gewissen Fällen [n]); 2) bey gewissen Personen quibus ius ignorare permissum est, doch keineswegs durchgängig): Minderjährigen [o]), Frauen [p]), Ungebildeten [q]), Soldaten [r]);

ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus. In den Fällen 1 und 2 hat dieser Unterschied keine Bedeutung (Note k), nur kann bey unerlaubten Handlungen der Thäter regelmäßig sich nicht auf eine Unkenntniß des Verbots der Handlung berufen. L. 11 §. 4 D. de his qu. not. (3, 2), L. 15 pr. D. de L. Corn. de fals. (48, 10), vgl. Savigny, System III. Beil. VIII. 20. (Der Grund ist, weil in den Fällen 1 und 2 nur die Ueberzeugung, also der psychische Begriff des Glaubens im Sinne des Fürwahrhaltens in Betracht kommt. Dieser Glaube mag entstanden seyn wie er will, er genügt, den Begriff des Dolus und der diebischen Absicht fern zu halten; selbst der Rechtsirrthum, so leicht er gefaßt und vermieden werden mag, reicht dazu hin. Anders in den Fällen 3—7. Die Ersitzung beruht auf einem objectiven Princip, der Sicherheit des Verkehrs. Schon während sie läuft, giebt sie das halbe Recht (gegen dritte), nach ihrer Vollendung das ganze (gegen den Eigenthümer). Dazu fordert das Recht einen ethischen Begriff, guten Glauben als subjective Rechtlichkeit, die durch den leichtsinnigen Rechtsirrthum ausgeschlossen wird. L. 32 §. 1 D. de usurp. (41, 3). R.)

n) L. 1 pr. D. ut in poss. leg. (36, 4), L. 79 D. de leg. II (31), vgl. L. 7. 8 D. de iur. et f. ign. (22, 6): Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. — Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest, ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet (Papin.). Savigny, Beil. VIII. 32. (Die von Hermann, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß, Neue Folge V. 3 [1848] versuchte Erklärung der beiden letzten Stellen beruht wieder auf der schon von Savigny widerlegten Voraussetzung, daß sie ein Princip aussprechen sollen. Sie enthalten eben nur eine Regel, die bald zutrifft, bald nicht. Ersteres bey jeder Art der Ersitzung, nicht blos, wie Manche geglaubt haben, bey der ordentlichen und dem putativen Titel L. 32 §. 1 D. cit. und dem Irrthum über rei vindicatio und condictio furtiva (Gai. 4, 4. §. 14 I. de act. 4, 6). Letzteres bey der Tradition durch den Eigenthümer, wo die entgegengesetzte Regel gilt: plus est in re quam in existimatione L. 7 §. 4 D. de iur. et facti ign. (22, 6) und bey der repetitio durch condictio indebiti, welche als Wiedererwerb unter den Begriff des Erwerbes fällt, L. 7 §. 5 D. L. 10 C. eodem, L. 6 1 C. de cond. indeb. (4, 5). Vgl. über den Sinn der ersteren Stelle: Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. XIV. 9 S. 329. 330 [1848]. Röm. Rechtsgesch. II. §. 35. Anm. Puchta, Vorlesungen I. Beil. III. R.)

o) L. 9 pr. D., L. 11 C. eod. Vgl. L. 9 §. 2—4 D. minor. (4, 4). Diese Entschuldigung des Rechtsirrthums beschränkt sich auf die Sphäre der in integrum restitutio; es ist nicht richtig, wenn Savigny, System III. S. 431 den Rechtsirrthum dem Minderjährigen auch bey der Usucapion zu Gute kommen lassen will. (L. 11 C. cit. spricht jedoch entschieden für Savigny's Ansicht, vgl. v. Scheurl, Beitr. II. 1 (1854] S. 74. R.)

p) Note o. L. 3. 13 C. de iur. et f. ign. (1, 18), L. 6 C. qui admitti (6, 9), L. 11 C. qui pet. tut. (5, 31). Savigny III. Beil. VIII. 31.

q) L. 8 C. qui admitti (6, 9), L. 2 §. 7 D. de iure fisci (49, 14), L. 1 §. 5 D. de edendo (2, 13). Savigny, Beil. VIII. 33.

r) L. 22 pr. C. de iure delib. (6. 30), L. 9 §. 1 D., L. 1 C. de iur. et f. ign.,

3) bey Ungewißheit (namentlich Bestrittenheit) des Rechtssatzes oder seiner Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall[s]), hier aber nur dann, wenn der Irrende nicht durch Beiziehung eines Rechtsverständigen die nachtheiligen Folgen seiner Unkenntniß verhüten konnte[t]). Umgekehrt kann der factische Irrthum unter Umständen ein unentschuldbarer seyn[u]).

b. Inhalt.

§. 58.

Der Wille des Handelnden giebt dem Rechtsgeschäft seinen Inhalt. Dieser Inhalt kann vor allem ein wesentlicher, dem Rechtsgeschäft, um das es sich handelt, unentbehrlicher seyn, so daß ein von ihm abweichender Wille das Rechtsgeschäft vernichten oder zu einem andern machen würde (s. g. essentialia negotii). Sodann kann mit einem Rechtsgeschäft ein gewisser Inhalt regelmäßig verknüpft seyn, ohne daß er wesentlich ist (s. g. naturalia negotii), dieser hat mit jenem das gemein, daß er mit der Existenz des Rechtsgeschäfts von selbst und ohne besondere Willenserklärung gegeben ist, aber er unterscheidet sich von dem wesentlichen dadurch, daß der Wille hinsichtlich seiner nicht gebunden, sondern eine beliebige Veränderung desselben ohne Beeinträchtigung der Existenz dieses Rechtsgeschäfts möglich ist. Endlich giebt es einen Inhalt, der durchaus auf besonderer Festsetzung beruht, und weder wesentlich ist, noch vermuthet wird (s. g. accidentalia negotii)[a]).

Die Bestimmungen, aus denen der Inhalt des Rechtsgeschäfts besteht, sind ferner theils Hauptbestimmungen, in denen der Zweck des Rechtsgeschäfts selbst liegt, theils Nebenbestimmungen, wodurch Hauptbestimmungen in ihrer Existenz oder Wirkung und Tendenz modificirt oder gewahrt werden sollen. Von diesen Nebenbestimmungen sind hervorzuheben: Bedingung, Zeitbestimmung, Modus, die übrigen werden unter dem allgemeinen Namen der Clauseln zusammengefaßt.

L. 1 C. de rest. mil. (2, 51), L. 5 C. de his qui sibi adscr. (9, 23). Savigny, Beil. VIII. 32.

s) Savigny, Beil. VIII. 4. 5.

t) L. 9 §. 3 D. de iur. et f. ign. (22, 6): Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est.

u) L. 3. 6. 9 §. 2 D. eod., L. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10). Nec stultis succurritur, sed errantibus, L. 9 §. 5 D. de iur. et f. ign.

a) (Windscheid §. 85 Anm. 1 verwirft den Begriff der naturalia negotii, weil er Gewolltes und Nichtgewolltes zusammenstelle: in der That begreift er aber nur Gewolltes. R.)

Bedingungen*).

§. 59.

Bedingung (condicio) ist die Voraussetzung eines künftigen, ungewissen Umstands, von welchem der Wille des Handelnden die Existenz des Rechtsgeschäfts[a]) oder seines Inhalts ganz oder theilweise abhängig macht[b]). Der Umstand kann ein Geschehen (affirmative, positive

---

*) Dig. XXVIII. 7: de condicionibus institutionum. XXXV. 1: de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. Cod. VI. 25: de instit. et substit. et restit. sub condicione factis. VI. 45: de his quae sub modo legata vel fideic. relinquuntur. VI. 46: de condicionibus insertis tam legatis quam fideic. et libertatibus. VIII. 55: de donat. quae sub modo vel condicione vel certo tempore fiunt. Savigny, System III. §. 116—124. (Fitting, im Archiv für civ. Pr. XXXIX. 13. Aus älterer Zeit Leibnitz, Doctrina condicionum in Opp. omn. Vol. IV. pars III. p. 92—158. Arndts §. 66—72. Eine Darstellung, welche alle drei Nebenbestimmungen zusammenfaßt und dadurch tiefer als bisher in den innern Zusammenhang der betreffenden Rechtssätze eindringt, giebt v. Scheurl, zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Beiträge Bd. 2, zweites und letztes Heft. 1871. R.)

a) Bedingungen sind nicht Nebenbestimmungen in dem Sinn, daß die Hauptbestimmung einen gegen sie selbstständigen Charakter hätte, sie modificiren vielmehr die Hauptbestimmung selbst und unmittelbar, vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XV. S. 248 f. (Fitting, im Archiv für civ. Pr. XXXIX. [Nr. 13] S. 308 erklärt deshalb die Bezeichnung Nebenbestimmung für die Bedingung für ganz verwerflich. Vgl. aber z. B. §. 97 Note l, Böcking, Inst. I. §. 110g. §. 116 Anm. 20*. Arndts §. 65 Anm. 2. Besonders v. Scheurl S. 2, der den verständlichen Ausdruck beibehält, in der Sache selbst aber die mit der Hauptbestimmung *organisch verbundenen* Nebenbestimmungen von den Nebenverträgen oder Clauseln sondert, bei denen die organische Verbindung wegfällt. — Den richtigen materiellen Begriff der Nebenbestimmungen, wonach sie „Selbstbeschränkungen des Willens" sind, hat zuerst Savigny aufgestellt, die Richtigkeit dieser Auffassung ist ohne Grund bestritten worden; sie bedurfte nur noch des Zusatzes, daß diese Selbstbeschränkung eine gleichzeitige ist. — Ueber das Ziel der Nebenbestimmungen, die freie Einwirkung des Einzelwillens in die Zukunft vgl. Ihering, Geist des R. R. III. 1. S. 156 f. — Schönemann „über das Wesen der suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte" in Linde's Zeitschr. N. F. XIX. (1862) 1 und Windscheid §. 86 Anm. 2 unterscheiden die Bedingtheit des Gewollten und des Wollens, welche letztere sie läugnen. Diese Subtilität ist sowohl logisch als juristisch unverständlich: das Wollen eines Bedingten ist praktisch gleich einem bedingten Wollen, sobald man nur unter dem Wollen nicht das Setzen der Bedingung, sondern die gestellte Thatsache selbst versteht. Vgl. Arndts §. 66 Anm. 2. v. Scheurl a. a. O. S. 3. R.)

b) (Der Einwand Windscheid's (2. Aufl.) gegen die im Text gewählte Formulirung, daß das bedingte Rechtsgeschäft jedenfalls faktisch existire und ihm auch die rechtliche Wirksamkeit und Anerkennung nicht fehle, trifft nicht, weil er einräumt, daß es die gewollte rechtliche Wirkung noch nicht erzeugt habe. Die „Existenz des Rechtsverhältnisses", welche er gelten läßt, greift über das hier vorliegende Gebiet der Rechtsgeschäfte hinaus. R.) — Keine wahren Bedingungen sind: die condiciones

Bedingung) oder Nichtgeschehen (negative) seyn. Ferner kann er eine freie positive oder negative Handlung dessen, dem die Bedingung gesetzt ist, oder ein zufälliges Ereigniß, oder eine Verbindung von beiden seyn. Im ersten Fall heißt die Bedingung potestativa (quae in potestate eius est), im zweiten casualis, im dritten mixta[c]).

§. 60.

Durch die Bedingung wird, was davon abhängig gemacht ist (§. 59), ins Ungewisse gestellt, solange die Entscheidung noch nicht eingetreten in (condicione pendente). Die Entscheidung ist entweder Existenz (Erfüllung) der Bedingung (condicio exsistit, impletur), oder Ausfall (Nichterfüllung) derselben (condicio deficit). Die positive Bedingung ist erfüllt, wenn das, was der Absicht dessen, der sie setzte, gemäß geschehen sollte, vollständig geschehen ist[d]), die negative, wenn das, was nicht geschehen soll, überhaupt oder in der vorausgesetzten Art nicht mehr geschehen kann[e]). Zuweilen wird eine nicht erfüllte

---

iuris, L. 21. 99 D. de condic. (35, 1), L. 21. 68 D. de iure dot. (23, 3), die condiciones in praesens aut in praeteritum conceptae, L. 37—39 D. de reb. cred. (12, 1), L. 10 §. 1 D. de cond. instit. (28, 7), L. 100. 120 D. de V. O. (45, 1), die Voraussetzung eines nothwendigen oder unmöglichen Umstands, L. 9 §. 1 D. de novat. (46, 2): qui sub condicione stipulatur, quae omnino exstitura est, pure videtur stipulari. Vgl. §. 60. (Fitting, a. a. O. S. 312 f., indem er nur die erstere, nicht aber die letztere als „uneigentliche" gelten läßt, erwägt nicht, daß durch diese Nichts bedingt wird. R.)

c) L. un. §. 7 C. de cad. toll. (6, 51): sin autem aliquid sub condicione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat. — L. 60 pr. D. de condit. (35, 1), L. 11 §. 1 eod. Vgl. L. 4 C. de inst. et subst. (6, 25), L. 4 §. 1 D. de her. inst. (28, 5), L. 28 D. de cond. inst. (28, 7). (Windscheid „über die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung": Archiv für civ. Pr. XXXV. 3, Pand. §. 80 Anm. 14 bezieht den Begriff auch auf die Willkür des Verpflichteten oder Belasteten. Dies ist nicht nur unrömisch (L. 11 §. 1 D. h. t.), sondern im Fall directer Willkür selbst unmöglich, L. 8 D. de O. et A. (44, 7), L. 46 §. 3, L. 108 §. 1 D. de V. O. (45, 1), vgl. mit L. 121 §. 1 D. eod. R.)

d) L. 101 pr. D. de condic. (35, 1): — cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat. — L. 19 pr. 76 eod. Dahin gehört auch die Zeit, innerhalb deren die Erfüllung einer Potestativbedingung geschehen muß. L. 19 pr. cit., L. 29 eod., L. 20 §. 5 D. de statulib. (40, 7). S. auch L. 11 D. de cond., L. 45 §. 2 D. de leg. II. (31), L. 7 C. de inst. et subst. (6, 25). — Die Erfüllung muß bewiesen werden, ist aber ein Umstand, der zur Erfüllung gehört, so ungewiß, daß sich weder sein Eintritt noch sein Nichteintritt constatiren läßt, so soll bey letztwilligen Zuwendungen die Erfüllung vermuthet werden, L. 10 §. 1 D. de reb. dub. (34, 5); die Behauptung, daß eine Bedingung im Zweifel für erfüllt erachtet werden müsse, ist ein Irrthum.

e) L. 73. 103 D. de condic. (35, 1).

Bedingung für erfüllt erachtet; dieß ist der Fall, 1) wenn der, welchem durch die Erfüllung ein Vortheil zugehen soll, sie hindert und mithin auf diesen Vortheil verzichtet[f]); 2) wenn der, welcher durch die Erfüllung verpflichtet werden soll, sie hindert[g]). Nicht mit diesen Fictionen zu verwechseln ist die Erfüllung, welche dem wahren Sinn des die Bedingung Setzenden gemäß angenommen werden muß, wenngleich vielleicht nicht alles, was die Worte enthalten, geschehen ist[h]), ferner der Einfluß einer hinzutretenden Möglichkeit.

Eine Bedingung, deren Erfüllung unmöglich ist (impossibilis conditio), ist wie die, deren Erfüllung umgekehrt nicht ausbleiben kann (necessaria c.), keine wahre Bedingung, da sie keine Ungewißheit mit sich führt[i]). Eine Verfügung unter einer unmöglichen Bedingung für ist keine, nur bey letztwilligen Dispositionen soll die Bedingung für nicht beigefügt geachtet, die Disposition also aufrecht erhalten werden[k]).

---

f) L. 24 D. eod.: Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem impleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset. Quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret (Iulian.) L. 14. 78 pr. eod., L. 5 §. 5 D. quando dies (36, 2).

g) L. 161 D. de R. I. (50,17): In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset, quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis etc. (Ulpian). L. 85 §. 7 D. de V. O. (45, 1), L. 50 D. de contr. emt. (18, 1), L. 81 §. 1 D. de cond. (35, 1).

h) So wenn er blos den Willen des Erfüllenden im Auge hatte, L. 54 §. 2 D. de leg. I. (30): Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilo minus debetur tibi legatum, quia per te non stetit quo minus perveniat ad libertatem. L. 31 D. de condit. (35, 1). Anders, wenn er schlechterdings das bezeichnete Ereigniß voraussetzte. L. 23 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): Item Iulianus scribit, si institutus fuero sub condicione: si Stichum manumisero, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum, propter occisionem enim defecit condicio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, qui retrorsum quanti plurimi fuit, inspicitur. L. 101 pr. D. de condic., L. 20 §. 3 D. de statulib. (40, 7). Zu Gunsten der Freiheit soll eine Bedingung, von der sie abhängt, immer so verstanden werden, daß, wenn der Sclave etwas thun soll, es hinreicht, wenn nur von seiner Seite kein Hinderniß bestand, L. 20 §. 3 cit., L. 29 pr. eod., L. 94 D. de condic. u. a. — Die Regel Bonifacius VIII. c. 66 de R. I. in VI.: Cum non stat per eum ad quem pertinet, quo minus condicio impleatur, haberi debet perinde ac si impleta fuisset, ist in dieser Allgemeinheit falsch.

i) Ueber die unmöglichen Bedingungen vgl. W. Sell, Versuche im Geb. des Civilr. Th. 2 (1834). Arndts, Beiträge (1837) I. 4. Savigny, System III. (1840) §. 121—124. (Vangerow I. §. 93 Anm. 3 Arndts §. 72. R.)

k) L. 7. 137 §. 6 D. de V. O. (45, 1), L. 9 §. 6 D. de reb. cred. (12, 1). L. 1.

Gleichviel ob die Bedingung absolut oder nur unter den vorhandenen Umständen unmöglich ist, ob die Unmöglichkeit einen physischen oder rechtlichen Grund hat, ob der Verfügende die Unmöglichkeit gekannt hat oder nicht[l]). Eine unter den gewöhnlichen Umständen unüberwindliche, nicht blos individuelle Schwierigkeit der Erfüllung steht der Unmöglichkeit gleich[m]); und auch eine Bedingung, deren Erfüllung Rechts- oder sittliche Vorschriften verletzen würde, vorausgesetzt, daß diese Verletzung dadurch befördert werden soll (condicio turpis), wird wie eine unmögliche behandelt[n]). Ein Anderes ist die Unstatthaftigkeit

20 pr. D. de cond. instit. (28, 7), L. 3. 6 §. 1 D. de cond. (35, 1). Eine nachher eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung macht die Bedingung nicht zu einer unmöglichen, sondern nur zu einer deficirenden, L. 23 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 94 pr. D. de condic. (35, 1). (Schenkungen sind nicht mit Windscheid §. 94 Anm. 16 den letzten Willen, sondern den Verträgen gleichzustellen, v. Scheurl, S. 269. 270. — Die Turiner Glosse nr. 204 führt als Grund an 'quia legatum ex sola voluntate testatoris descendit et non videtur illudere voluisse cum cui nulla necessitate compulsus aliquid donat. in stipulatione vero — ipse videtur illudere qui in stipulando pro se minus est cautus.' Dagegen Gai. 3, 98 'et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest', vgl. jedoch v. Scheurl, S. 337 f. R.)

l) Savigny a. a. O. S. 191 f. Sell a. a. O. S. 77 ff.

m) L. 6 D. de coud. inst. (28, 7), L. 4 §. 1 D. de statulib. (40, 7), vgl. L. 137 §. 4. 5 D. de V. O. (45, 1). Gar nicht hierher gehört L. 63 §. 7 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

n) L. 9. 14. 15 D. de cond. inst. (28, 7), L. 123. 137 §. 6 D. de V. O. (45, 1), vgl. L. 121 eod., L. un. in f. C. de his qui poenae nom. (6, 41). Besondere Beispiele von unsittlichen Bedingungen sind: die der Ehelosigkeit, von der ein Vermögensvortheil abhängig gemacht wird, L. 72 §. 5 D. de condic. (35, 1), L. 63 §. 1, L. 64 §. 1, L. 79 §. 4 eod. (einer Wittwe kann sie nach neuestem Recht gestellt werden, Nov. 22, c. 43, 44, und auch eine die Wahl beschränkende Bedingung ist statthaft, L. 62 §. 2, L. 63 pr. 64 pr. D. de condic.); eben so die der Ehescheidung, L. 5 C. de inst. (6, 25); eben so die Bedingung, nach dem Belieben eines Dritten zu heirathen, L. 72 §. 4 D. de condic.; die Bedingung, wenn eine gewisse Ehe nicht geschlossen, oder wenn sie getrennt werden würde, sofern sie für eine Conventionalstrafe gesetzt wird, L. 71 §. 1 eod., L. 134 pr. D. de V. O. (45, 1): L. 2 C. de inut. stip. (8, 39); die Bedingung einer Conventialstrafe, den Anderen zum Erben einzusetzen, L. 61 D. de V. O.; die Bedingung des beständigen Aufenthalts an einem bestimmten oder von dem Willen eines anderen abhängigen Orte, L. 71 §. 2 K. de condic.; bey letztwilligen Dispositionen wird gemißbilligt die Bedingung, eine künftige Leistung eidlich zu versprechen (condicio iurisiurandi), der Eid wird erlassen, und die Leistung als modus behandelt, L. 8 D. de cond. inst. (28. 7), L. 20. 26 pr. D. de condic. (35, 1), vgl. L. 19 §. 6 D. de donat. (39, 5), eine Ausnahme enthält L. 12 pr. §. 1 D. de manum. testam. (40, 4), von einem anderen Eid, als dem bezeichneten, sind zu verstehen L. 62 pr. D. de adqu. her. (29, 2). L. 97 D. de condic. S. über diese cond. iurisiurandi Savigny a. a. O. S. 185 ff. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XIV. 12 (gleichzeitig). Controvers ist die Frage, ob und wie weit die Bedingung der Religionsänderung oder Nicht-

aller o) oder gewisser Arten von Bedingungen bey gewissen Rechtsgeschäften (so captatorischer bey Erbeinsetzungen, nichtpotestativer bey Einsetzung von Notherben); hier macht ihre Beifügung regelmäßig die Geschäfte selbst (auch letztwillige) ungültig und dasselbe gilt von condiciones perplexae, die einen Widerspruch in die Disposition bringen p).

§. 61.

Das Daseyn des Geschäfts oder Verhältnisses ist von der Bedingung entweder so abhängig gemacht, daß es mit ihrer Existenz anheben soll — das Geschäft ist hier ein bedingtes, die Bedingung nennt man Suspensivbedingung, — oder so, daß es aufgelöst, als nicht bestehend, betrachtet werden soll — das Geschäft ist ein unbedingtes, die Bedingung heißt Resolutivbedingung q). Pendente condicione besteht das Verhältniß nicht bey der Suspensivbedingung r), bey der reso-

änderung unsittlich sey, vgl. Sell a. a. O. S. 142 ff. und Vangerow, Leitfaden I. S. 110 ff. Böcking, Pand. §. 112 Note 17. R.)

o) L. 77 D. de R. I. (50, 17): Actus legitimi qui *(non)* recipiunt diem vel condicionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. (Vgl. Fragm. Vat. 329: sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur, nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur. L. 195 D. de R. I. Unrichtig ist die Regel wiedergegeben in cap. 50 de R. I. in VI. Actus legitimi condicionem non recipiunt neque diem. Unter den Bedingungen sind die unächten §. 59 b mit begriffen. L. 51 §. 2 D. de adqu. her. (29, 2). Vgl. überhaupt Fitting a. a. O. S. 340 f. R.)

p) L. 16 D. de cond. inst. (28, 7), L. 88 pr. D. ad L. Falc. (35, 2), L. 39 D. de manum. test. (40, 4).

q) So z. B. L. 2 pr. D. de in diem abd. (18, 2): Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emtio, quaestionis est. — L. 1 D. de lege comm. (18, 3): Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emtio, quae sub condicione contrahi videatur. — Von der Resolutivbedingung ist der Fall zu unterscheiden, wenn der Erfolg der Aufhebung zum Gegenstand einer besonderen Verabredung, bey welcher die Bedingung eine suspensive ist, gemacht wird, L. 12 D. de praescr. verb. (19, 5), L. 2 C. de pact. inter emt. (4, 54), vgl. §. 299 a. E. — Ueber die Beschränkung der Resolutivbedingungen im früheren Recht s. Savigny III. §. 127.

r) So z. B. L. 8 pr. D. de peric. et comm. (18, 6), L. 13 §. 5 D. de pignor. (20, 1). (Götting, über das Wesen der Suspensivbedingung: Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Neue Folge I. 6 [1845]. Allein es besteht 1) ein Rechtsact, welcher der Wiederholung nach erfüllter Bedingung überhebt, L. 14 §. 1 D. de novat. (46, 2), 2) eine Hoffnung (spes) künftigen Erwerbes, welche zu Sicherstellungen berechtigt §. 4 I. de verb. obl. (3, 16), §. 25 I. de inut. stip. (3, 19), also nicht als eine „Vorwirkung" der Rückziehung zu betrachten ist. R.)

lutiven besteht es in voller Wirkung[s]). Diesen Stand der Sache perpetuirt die Deficienz der Bedingung, die Existenz der suspensiven ruft das davon abhängige Verhältniß ins Daseyn, die der Resolutivbedingung hebt es auf. Beide Wirkungen aber, die erzeugende und die auflösende, werden der Natur der Bedingungen gemäß so beurtheilt, als ob bey der Suspensivbedingung das Geschäft unbedingt errichtet worden wäre, bey der Resolutivbedingung, als ob es nie bestanden hätte: es entsteht rückwärts und wird rückwärts aufgehoben (condicio exsistens retrotrahitur)[t]). Eine Modification aber tritt ein, wenn

---

s) L. 66 D. de R. V. (6, 1), L. 4 §. 3 D. de in diem add. (18, 2), L. 3 C. de pact. inter emt. (4, 54).

t) L. 9 §. 1, L. 11 §. 1 D. qui pot. (20, 4), L. 16 D. de solut. (46, 3), L. 8 pr. D. de peric. (18, 6), L. 41 pr. D. de R. V. (6, 1), L. 4 §. 3 D. de in diem add. (18, 2), L. 105 D. de condic. (35, 1) u. a. (Bestritten von Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung, 1851, in Anwendung auf potestative Bedingungen von Trotsche, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß XVIII. S. 101—108, Schmidt, daselbst N. F. VII. S. 381; eine vermittelnde Meinung stellt hier Windscheid auf: Archiv für civ. Pr. XXXV. 3. [1852], in Anwendung auf rechtsgeschäftliche und mit Ausschluß der Rechtsbedingungen: Eisele, Archiv für civ. Pr. 50, 2. 3, überhaupt v. Scheurl, S. 183. 193, der nur die Aufhebung des Schwebezustandes zugiebt, während er die eigentliche Rückziehung (ich will gewollt haben, wenn) verwirft, vgl. Böcking, Pand. §. 112. Fitting, der Begriff der Rückziehung [1856] S. 31 f. und in Goldschmidt's Zeitschr. II. S. 256. Vangerow, 7. Aufl. II. §. 95. Arndts §. 71 Anm. 4. Windscheid, Pand. §. 91 Anm. 1 §. 89 Anm. 3. 4. In der That bildet die Rückziehung die Regel und es ist ohne Grund, wenn Arndts a. a. O. zwischen L. 31 D. de V. O. (45, 1) und L. 11 §. 1 D. qui pot. (20, 4) einen Gegensatz annimmt. Allein im Fall des Dolus wird nicht retrotrahirt: L. 40 D. de stip. serv. (45, 3), L. 78 pr. D. de V. O. (45, 1), L. 18 D. de R. I. (50, 17). Eben so wenig bey Bedingungen, welche mit Zeitbestimmungen gemischt sind, L. 22 pr. D. quando dies (36, 2), L. 30 §. 4 D. de leg. I. (30). R.) Von der Anwendung auf die dinglichen Rechte s. noch §. 142. Ueber die bestrittene Frage wegen der Früchte der Zwischenzeit L. 6 pr. D. de in diem add. (18, 2), L. 4 pr. §. 1, L. 5 D. de lege commiss. (18, 3), L. 15 §. 6, L. 24 §. 1 D. ad L. Falcid. (35, 2). Einen besonderen Fall s. §. 263 a. E. Vgl. Savigny III. S. 152 f. (Von dem Einfluß der Deficienz der sonstigen Erfordernisse des Rechtsgeschäfts, namentlich der Existenz der Person und der Sache L. 8 pr. D. de peric. (18, 6), L. 10 §. 5 D. de iure dot. (23, 3), L. 14 §. 1 D. de novat. (23, 3), L. un. §. 7 C. de cad. toll. (6, 51), L. 72 D. de fidei. (46, 11), Gai. 23, 120. Schönemann a. a. O. S. 25 f. Arndts §. 71 Anm. 3. R.) Vgl. noch L. 42 pr. D. de O. et A. (44, 7): Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc cum existerit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse. L. 27 pr. D. qui et a quib. man. (40, 9). (L. 134 pr. D. de R. I. (50, 17). Diese Stellen beziehen sich speziell auf die Veräußerungen und Freilassungen zum Nachtheil der Gläubiger, vgl. Rudorff de iurisdictione edictum (1869) §. 77 pag. 90 not. 2, und dürfen daher nicht generalisirt werden, da sie den Begriff der Gläubiger nur in dieser Richtung bestimmen wollen. R.)

die Existenz der Bedingung von der Willkür dessen, der Schuldner werden oder ein Recht verlieren soll, abhängt[u]).

Zeitbestimmungen[a]).

§. 62.

Die Zeitbestimmung (dies) hat mit der Bedingung gemein, daß sie ein künftiges Ereigniß enthält, sie unterscheidet sich aber dadurch, daß der Eintritt dieses Ereignisses nicht ungewiß, daher denn auch die Existenz des Verhältnisses nicht in's Ungewisse gestellt ist. Ein dies incertus ist eine, nur in der Form der Zeit ausgedrückte Bedingung[b]). Ein wahrer dies (certus) ist es, wenn das Erscheinen derselben gewiß ist, ungeachtet der Ungewißheit des Wann?[c]), nur kann durch die Verbindung mit einem ungewissen Umstand die Gewißheit des Eintritts aufgehoben, und der dies, der für sich certus wäre, zur Bedingung werden[d]). Umgekehrt macht die Gewißheit des Wann? allein den dies nicht zum certus[e]). Aus der von der Bedingung verschiedenen Natur

u) L. 9 §. 1 D. qui pot. (20, 4), L. 3 D. qu. mod. pignus (20, 6). (Bestritten von Windscheid, Pand. §. 89 Anm. 15. Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte (1859) S. 48—58, unter Verwechselung directer und indirecter Willkür §. 60 c. L. 11 §. 2 D. qui pot. (20, 4), L. 4 D. quae res pign. (20, 3). Arndts §. 71 Anm. 7. v. Scheurl S. 215—219. R.)

a) Savigny, System III. §. 125—127.

b) L. 75 D. de condic. (35, 1), L. 21 pr. D. quando dies leg. (36, 2). (tempus condiciove, d. h. die Zeit oder, wenn man will, die Bedingung. L. 22 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1), L. 49 §. 2 D. de leg. 1 (30), Gai. 1, 186 sub condicione aut ex die certo. 2, 250. 3, 124. Es ist kein Grund, die Bezeichnung als Bedingung mit Fitting im Archiv für civ. Praxis XXXIX. S. 331 f. u. A. deshalb zu verwerfen, weil der dies incertus zugleich eine Zeitbestimmung enthalte. R.)

c) L. 79 pr. D. de condic. (35, 1): Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur, non potest enim condicio non existere. L. 16. 17 D. de cond. indeb. (12, 6).

d) L. 79 §. 1 D. de condic. (35, 1): Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato, legatum sub condicione relictum est; quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum, ad eum legatum perventurum. (Die Florentina liest cedit und Th. Mommsen interpungirt daher mit Recht tamen incertum est an legatario vivo (sc. moriturus sit): dies legati (igitur) non cedit, nur möchte igitur eher vor dies ausgefallen sein. Hiernach ist der Grund des Satzes dies incertus condicionem in testamento facit in dieser Stelle nicht enthalten; er liegt darin, daß das Ereigniß bei Lebzeiten des Legatars eintreten muß; vgl. Scheurl, S. 341 f. R.)

e) L. 22 pr. de quando dies leg. (36, 2). Modification durch eine andere Willensmeinung des Verfügenden. L. 46 D. ad S. C. Trebell. (36, 1), L. 5 C. quando dies (6, 53).

folgt auch eine völlige Verschiedenheit der Wirkung; der dies trifft nicht unmittelbar die Existenz, sondern die Geltendmachung des Verhältnisses. Dieß gilt von einer Zeitbestimmung für den Anfang des Verhältnisses (ex die, in diem), welche also die Geltendmachung hinausschiebt[f]), und von der für die Beendigung (ad diem), wo das Recht nicht ipso iure aufhört, aber seiner Wirksamkeit (durch exceptio) beraubt wird[g]). Es giebt Rechtsgeschäfte, die keine Zeitbestimmung zulassen, so Erbeinsetzung, Erbschaftsantritt, obrigkeitliche Vormundsbestellungen &c. (§. 60 Note o).

Modus[a]).

§. 63.

Modus ist der Form nach die Nebenbestimmung, welche die Fassung: ut, damit — erhält[b]), dem Inhalt nach die eine Verwendung

f) L. 213 pr. D. de V. S. (50, 16), L. 38 §. 16, L. 46 pr. D. de V. O. (45, 1), eben so ist zu verstehen L. 41 §. 1 eod.: — dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur —. Neuerdings hat man auf Grund der L. 44 §. 1 D. de O. et A. (44. 7) 'ex die incipit obligatio' die Ansicht aufgestellt, daß nicht nur die Ausübung, sondern auch der Erwerb des Rechts durch einen Anfangstermin aufgeschoben werde und der Erwerber nun sofort ein festes Recht auf den Erwerb des befristeten Rechts erwerbe. Allein die dafür angeführten Stellen beziehen sich nur auf Vermächtnisse. Die Frage ist daher bey den verschiedenen Arten der Rechtsgeschäfte verschieden zu beantworten. L. 12 §. 2 D. qui pot. (20, 4). v. Scheurl, §. 8–10 S. 29 f. R.) — Ein anderer Unterschied von der aufschiebenden Bedingung besteht darin, daß bey dieser der Aufschub ein nothwendiges Uebel ist, während er bey dem dies beabsichtigt wird.

g) L. 44 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), L. 56 §. 4 D. de V. O. (45, 1), §. 3 I. eod. (3, 15). Ausnahmsweise Wirkung ipso iure bey Verhältnissen, die an sich schon eine temporäre Natur haben, L. 1 §. 3 D. quib. mod. ususfr. (7, 4), L. 15 §. 2 D. fam. erc. (10, 2), L. 5 C. de usufr. (3, 33). (L. 6 pr. D. quib. mod. pign. solv. 20, 6. Im neuern römischen Recht tritt die Wirkung ipso iure ein, vgl. L. 2 C. de don. quae sub modo (8, 55) mit Fragm. Vat. 283; um so mehr im heutigen Recht; v. Scheurl a. a. O. S. 69. R.)

a) Savigny, System III. §. 128. 129. (v. Scheurl §. 71 S. 245 f. R.)

b) L. 80 D. de condic. (35, 1): Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non (Gl. alias ‚deest non) pro condicionalibus observari oportet, eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata, nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit, et eum, cui datum est: ut monumentum faciat. — Die Worte allein entscheiden nicht, sondern die Absicht des Disponenten, L. 1 C. de his qu. sub modo (6, 45): In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro condicione observatur. Sed si per te non stat, quo minus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere iussa es, quo minus id, quod tibi relictum est, obtineas, non oberit. L. 17 § 2, L. 44 D. de manum. test. (40,4). — In einem allge-

zu einem gewissen Zweck gebietet[c]), und sich dadurch von der Bedingung unterscheidet, daß sie auf der einen Seite das Daseyn des unter einem Modus gegebenen Rechts nicht suspendirt und beeinträchtigt[d]), auf der anderen aber eine Verbindlichkeit zur Erfüllung erzeugt, vorausgesetzt, daß dieß die Absicht war[e]). Fordern kann die Erfüllung (oder Caution wegen Erfüllung) der den Modus Setzende und seine Erben[f]), im Nothfall schreitet die Obrigkeit ex officio ein[g]).

(Der Modus ist nur eine besondere Erscheinung der Voraussetzung[h]), der causa, condicio, modus in diesem Sinne[i]), worunter technisch eine Selbstbeschränkung des Willens[k]) verstanden wird, welche

meinen Sinn heißt modus irgend eine Modification des Geschäfts, s. z. B. L. 44 §. 3 D. de O. et A. (44, 7), L. 72 D. de fideiuss. (46, 1), L. 92 D. de her. inst. (28, 5). (v. Scheurl a. a. O. S. 247. 249 faßt den ursprünglichen Begriff enger als Beschränkung einer freigebigen Vermögenszuwendung und knüpft ihn an die gesetzliche Bestimmung über die Kosten der Bestattung (L. 12 §.2 D. de rel. 11,7) an, welche in dem letzten Willen nachgebildet seien. Das häufige Beispiel 'ut monumentum mihi faciat' scheint dieser Vermuthung das Wort zu reden. R.)

c) L. 19 D. de leg. III. (32), L. 17 §. 4 D. de condic. (35, 1), L. 41 pr. D. de contr. emt. (18, 1), L. 58 §. 2 D. locati (19, 2), L. 1—3 C. de donat. sub modo (8, 55).

d) S. die Stellen Note b.

e) L. 41 pr. D. de contr. emt. (18, 1): — non poterit agi, ut condicio impleatur. — L. 71 pr. D. de condic. (35, 1): Titio centum ita, ut fundum emat, legata sunt, non esse cogendum Titium cavere S. Caecilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio, fratri, alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est, atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, ac postea non alienetur. L. 13 §. 2 D. de don. inter vir. (24, 1).

f) L. 7 D. de annuis leg. (33, 1) und die Stellen Note c. Besteht der Modus darin, daß einem Dritten etwas zukomme, so behandelt das neuste Recht bey letztwilligen Dispositionen den Modus als Vermächtniß, L. 3 C. de his qu. sub modo (6, 45), und eben so giebt es bey Schenkungen dem Dritten eine Klage, L. 3 C. de donat. sub modo (8, 55).

g) L. 7 in f. D. de ann. leg. (33, 1), L. 50 §. 1 D. de H. P. (5, 3), L. 92 D. de condic. (35, 1). (Bei Schenkungen und Vermächtnissen enthält der Modus eine Last, welche die Vergabung quantitativ vermindert. Dies bringt Böcking, Inst. §. 115, nach Hugo's Vorgang mit den gesetzlichen Maximalbeschränkungen beider in Verbindung. Aber donatio und legatum sub modo ist nicht etwa eine Gabe unter jenem Maaß, sondern mit einer Auflage, wie sub condicione. R.)

h) Windscheid, die Lehre des röm. Rechts v. d. Voraussetzung. 1850.

i) Vgl. die Rubriken §. 59 a, §. 72 a, §. 307 a. Etwas anderes ist 1) causa als Beweggrund §. 55. 307 c., L. 2 §. 7, L. 3 D. de donat. (39, 5), L. 25 C. de iure dot. (5, 12); 2) als Rechtfertigungsgrund (iusta causa) L. 2 §. 3 D. de doli exc. (44, 4), L. 1 D. de cond. sine causa (12, 7). Conditio und modus sind nur gelegentliche Beziehungen der Voraussetzung. Windscheid, §. 4 S. 41 f. 56 f.

k) Darin liegt der Unterschied von der Verpflichtung des Empfängers, die

zwar nicht seine Existenz und Geltendmachung, aber doch seine Wirksamkeit an ein gewisses Verhältniß knüpft[l]). Sie suspendirt und resolvirt weder Recht noch Klage, vielmehr begründet sie ein bloßes Gegenrecht, welches, wenn sie ermangelt, sowohl durch eine Einrede[m]) als durch Rückforderung des Geleisteten[n]) geltend gemacht werden kann[o]). Im Zweifel ist jedoch einem Vorbehalt die stärkere Wirkung der Bedingung beizulegen[p]). Unerlaubte und unmögliche Voraussetzungen werden bey letzten Willen[q]), unmögliche auch bey Schenkungen[r]) für ungeschrieben erachtet, bey Geschäften unter Lebenden gelten sie als ermangelnd, außer wenn die turpitudo [§. 310] oder die Schuld des Nichterfolgens einer Handlung nicht den Empfänger trifft[s]). R.)

übrigens zugleich Bedingung seyn kann, z. B. von einer gegenseitigen Obligatio §. 308 c.

l) Voraussetzungen können sich aus der Natur des Geschäfts von selbst verstehen, so ist die Gültigkeit und Nichtvollziehung des Vertrags Voraussetzung der arrha §. 254 c., die Existenz einer Schuld V. der Zahlung §. 309, die Eheschließung V. der Brautgabe §. 415 c.

m) Exceptio doli L. 2 §. 3 D. de doli exc. (44, 4), L. 71 §. 3 D. cond. et dem. (35. 1), L. 7 D. de fideic. lib. (40, 5). Die Voraussetzung darf daher nicht erst bey den Condictionen §. 307 ff. erwähnt werden. — Wegfall der Exceptio, wenn für Erfüllung der Auflage Sicherheit angeboten wird: §. 533 c. d.

n) Condictio: §. 307—312. Bonae fidei actio: L. 17 §. 3 D. de commod. (13, 6), L. 8, L. 11 §. 6 D. de act. emt. (19, 1). Damit kann auch Cession der Vindicatio des Empfängers gefordert werden, daher die utilis vindicatio. L. 29 D. de mortis c. d. (39, 6). — Die concurrirende actio praescriptis verbis auf Rückgabe oder Erfüllung §. 313 und die Klage des Dritten, Note f, entspringt nicht aus der Voraussetzung. — Ausschluß der Rückforderung durch doppelseitigen Vertrag §. 308 c.

o) Irrthum des Leistenden ist nur erforderlich, wenn die Voraussetzung gleich anfangs ermangelt, §. 309. 528 d. L. 11 §. 6 D. de act. emt. (19, 1).

p) Dieß ergeben die Auslegungsregeln §. 66 w—z, welche Windscheid S. 144 unrichtig anwendet. Vgl. auch L. 10 §. 4, L. 21, L. 68 D. de iure dot. (23, 3), L. 1 C. de don. quae sub modo (8, 55), L. 15 D. de don. ante nupt. (5, 3). Die Entscheidung in L. 8 D. de iure dot. (23, 8), L. 1 §. 2 D. pro dote (41, 9) steht mit der älteren Beschränkung der Resolutivbedingungen (§. 61, 9) in Verbindung, s. L. 34 pr. D. de poss. (41, 2).

q) L. 7 D. de ann. leg. (33, 1), L. 37 D. de cond. et dem. (35, 1), Conversion der Auflage L. 16 D. de usu leg. (33, 2).

r) L. 8 C. de cond. ob causam (4, 6).

s) L. 8 §. 7 D. de cond. inst. (28, 7), L. 5 §. 1. 2 D. praescr. verb. (19, 5). L. 3 §. 3, L. 5 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. (12, 4), L. 10. 11 C. de cond. ob caus. dat. (4, 6) §. 308 e. Die entgegenstehende L. 16 D. de cond. caus. d. c. n. (12, 4) gehört dem älteren Recht vor Ausbildung der actio praescriptis verbis an. — Unbedingte Rückgabe bey Voraussetzung einer bestimmten Verwendung, L. 2 §. 7 D. de don. (39, 5), L. 20 §. 1 D. de bonis lib. (38, 2), L. 7, L. 24 §. 12—16 D. de fid. lib. (40, 5), L. 17 pr. D. de leg. (31).

2. Die Erklärung.

§. 64.

Die Erklärung des Willens bildet den Körper, ihre Form die Form des Rechtsgeschäfts. Die Form ist entweder willkürlich, nur daß sie dem Willen entspreche, als eine Manifestation desselben gelten könne, oder rechtlich vorgeschrieben, bestimmte Form, solenne Rechtsgeschäfte. Solche Formen sind: Nothwendigkeit mündlicher Rede, überhaupt oder sogar mit der Vorschrift gewisser Worte; Verbindung anderer, namentlich symbolischer Handlungen mit der Rede; Schrift, überhaupt oder mit besonderen Modalitäten; Zuziehung von Zeugen (Solennitätszeugen, die durch Aufforderung, rogatio, dazu gemacht seyn und freiwillig der Handlung beywohnen müssen; Mitwirkung eines Notars, d. h. einer öffentlichen Person, die durch ihre Mitwirkung Urkunden die Eigenschaft öffentlicher zu geben vermag[a]); Mitwirkung des Richters, die gewöhnlichste Form der neueren Zeit[b]). Die willkürliche Form ist für das neueste Recht als Regel zu betrachten. Eine Erklärung kann nicht allein durch Mittel geschehen, die blos zu diesem Zweck gebraucht werden, ausdrückliche Erklärung[c]), sondern auch durch Handlungen, die zugleich eine andere Bestimmung haben, aus denen aber der Wille erschlossen werden kann, stillschweigende Erklärung[d]). Ob eine Handlung diese Eigenschaft einer „concludenten" habe, ist eine Interpretationsfrage für jeden einzelnen Fall[e]). Auch das bloße Stillschweigen kann unter besonderen Umständen eine Willenserklärung sein[f]). Das Mittel, der nachtheiligen Auslegung

---

a) Die Grundlage des gemeinen Rechts über die Thätigkeit der Notarien ist die Notariatsordnung K. Maximilian's: R. A. v. 1512. Vgl. F. Oesterley, das deutsche Notariat nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts und mit Berücks. der in den D. Bundesstaaten gelt. part. Vorschr. 2 Thle. 1842. 1845. Th. I.: Geschichte des Notariats 1842. Th. II.: Das geltende Recht 1845.

b) W. H. Puchta, Handbuch des Verfahrens in nichtstreit. Rechtssachen 2. Aufl. 1831. 2 Bde.

c) Mündliche und schriftliche Worte, sofern sie lediglich diese Bestimmung haben, ebenso eine Geberde. L. 6 D. de reb. cred. (12, 1). L. 52 §. 10 D. de O. et A. (44, 7). L. 17 D. de novat. (46, 2).

d) Savigny, System III. §. 131. 132.

e) Beispiele aus dem geschriebenen Recht s. b. Savigny a. a. O.

f) Vgl. z. B. L. 60 D. de R. I. (50, 17), L. 12. 16 D. ad S.C. Maced. (14,6), L. 19 D. de aqua pluv. (39, 3), L. 1 §. 4 D. de agnosc. lib. (25, 3), L. 8 §. 15 D. qu. mod. pign. (20, 6), L. 142 D. de R. I. (50, 17): Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. Als Regel falsch ist die regula Bonifacii VIII. c. 43 de R. I. in VI.: qui tacet, consentire videtur.

einer Handlung als Willenserklärung entgegenzuwirken, ist die Protestation.

3. Uebereinstimmung von Wille und Erklärung.

§. 65.

Das Rechtsgeschäft setzt einen auf den Gegenstand und Zweck desselben gerichteten Willen und die Erklärung desselben voraus. Eine Nichtübereinstimmung beider, sey sie absichtlich oder nicht, und liege der Mangel in dem Willen oder in der Erklärung, schließt die Existenz des Rechtsgeschäfts aus. Unter den Fällen der absichtlichen Nichtübereinstimmung, welche den wissentlichen Mangel eines der Erklärung entsprechenden Willens gemein haben[a]), zeichnet sich der Fall der Simulation, der zur Verhüllung des wahren Willens gewählten nichtentsprechenden Erklärung, aus[b]). Niemals gilt das simulirte Geschäft, die Annahme eines anderen an seiner Stelle hängt von dem Daseyn der Erfordernisse: eines gültigen Willens und einer gültigen Erklärung, ab[c]).

Eine unabsichtliche Nichtübereinstimmung kann hervorgebracht werden 1) durch einen Irrthum, welcher die Wirkung hat, den zu dem Geschäft erforderlichen Willen des Handelnden auszuschließen[d]). Diese Wirkung hat ein Irrthum a) über die Person, auf die sich die Verfügung bezieht, wenn der Handelnde eine andere meint, als für die er sich erklärt hat[e]); b) über die Identität des Gegenstands (error in

a) L. 3 §. 2 D. de O. et A. (44, 7): Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur, nec enim si per iocum puta vel demonstrandi causa ego tibi dixero: spondes? et tu responderis: spondeo, nascetur obligatio. L. 24 D. de testam. mil. (29, 1).

b) Cod. IV. 22: plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. L. 6 §. 7 D. de adqu. her. (29. 2), L. 54 D. de O. et A. (44, 7). Vgl. Savigny, System III. §. 134. (Funke, über Käufe, die zur Sicherstellung von Schuldforderungen abgeschlossen werden: Beitr. zur Erört. pract. Rechtsmat. 1852. Nr. 5. R.)

c) So z. B. L. 3 C. de contr. emt. (4, 38). L. 5 §. 5, L. 7 §. 6 D. de donat. inter vir. (24, 1).

d) Es ist nur diese Wirkung, auf die es hier ankommt, und zu der sich der Irrthum nur als zufällige Veranlassung verhält. Auch ohne diese Veranlassung würde die Nichtexistenz des Willens dieselbe Folge der Nichtigkeit des Geschäfts haben. Savigny, System III. §. 135—139. (Dieser bezeichnet den Irrthum, welcher nur den Schein des Willens zurückläßt, als einen „unächten" im Gegensatz des „ächten" Irrthums im Motiv §. 57, der den Willen nicht ausschließt. Man mag diese Ausdrücke tadeln, allein es ist kein Grund, dem Gegensatz selbst eine andere Unterscheidung zu substituiren, z. B. den Irrthum über die Folgen und über Anderes, Bekker in Pözl, Vierteljahrsschr. III. S. 187. Dagegen Windscheid §. 76* Anm. 1. Vangerow I. §. 83 S. 120. Arndts §. 62 Anm. 4. R.)

e) L. 9 pr. D. de hered. inst. (28, 5), L. 32 D. de reb. cred. (12, 1).

corpore)[f]), wohin nicht blos der Irrthum über das Individuum, sondern auch über die Gattung und die Quantität gehören kann[g]), ja unter Umständen sogar der Irrthum über eine Eigenschaft des Gegenstandes, wenn dieser nämlich von der Art ist, daß jene Eigenschaft im Verkehr der Bedeutung der individuellen Identität gleichsteht[h]); andere die Person oder den Gegenstand betreffende Irrthümer haben jene Wirkung nicht[i]); c) über das Geschäft überhaupt, so daß der Wille

f) L. 9 §. 1 D. de hered. inst., L. 9 pr. D. de contr. emt. (18, 1), L. 137 §. 1 D. de V. O. (45, 1), L. 10 C. de donat. (8, 54), L. 34 pr. D. de adqu. poss. (41, 2). Ausnahme bey dem Irrthum des Beklagten über den Prozeßgegenstand. L. 83 §. 1 D. de V. O.

g) L. 42 D. loc. (19, 2): Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.

h) L. 9 §. 2 D. de contr. emt. (18, 1): Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit? Marcellus scripsit libro VI. Dig., emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία i. e. substantia est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma i. e. intinctus, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur (Ulp.). L. 10 eod.: aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret, tunc enim emtio valet (Paul.). L. 11 §. 1 eod.: Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emtio valebit, in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emtio, nulla venditio est (Paul.). L. 14. 41 §. 1 eod. — L. 45 eod.: Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum quod interest, si ignoraus interpola emerit. Quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit, quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans tenetur, ut aurum, quod vendidit, praestet (Marcian.). L. 22 D. de V.O. (45, 1): Si id, quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine; quoniam in corpore consenserimus. Sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris (Paul.). (Renaud, Archiv für civ. Pr. XXVIII. 10 [1845]. — Zur Identität des Rechts gehört auch die Beziehung zu diesem bestimmten Inhaber: es ist ein dem error in corpore analoger, die Uebereinstimmung des Willens und der Erklärung ausschließender Irrthum, wenn jemand das Eigenthum einer Sache übertragen zu wollen erklärt, in der Meinung, es stehe einem anderen zu, während es ihm selbst gehört. Vgl. §. 148 i. R.)

i) So Irrthum über den Namen, L. 9 §. 1 D. de contr. emt. (18, 1), L. 7 §. 2 D. de supell. leg. (33, 10), L. 4 C. de testam. (6, 23), L. 4 pr. D. de leg. I. (30): — quodsi quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem

des Handelnden gar nicht auf dieses Geschäft gerichtet war[k]), und bey Verträgen noch d) über den Willen des anderen Theils über diese Punkte, wodurch die Uebereinstimmung ausgeschlossen wird.

Der Mangel der Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung kann 2) auf Seiten der Erklärung liegen, wenn sie nämlich so unvollkommen ist, daß sie nicht als eine Erklärung des (wenn auch vielleicht anderswoher bekannten) Willens gelten kann[l]), während eine Unvollkommenheit, die sich als bloße unrichtige Beschreibung auffassen läßt (falsa demonstratio), die Existenz einer Erklärung nicht ausschließt[m]).

§. 66.

Wenn Wille und Erklärung mit einander übereinstimmen, so kann noch eine Unvollkommenheit der zweiten über ihren Sinn, d. h. über die Beschaffenheit des ersten, Zweifel übrig lassen. Das Princip der Interpretation von Rechtsgeschäften ist: Wille und Erklärung sind zugleich wesentlich, ohne Erklärung ist der Wille, ohne den Willen ist die Erklärung bedeutungslos[n]).

Die Grundlage für die Interpretation einer Willenserklärung sind die Worte oder sonstigen Mittel des Gedankenausdrucks (§. 64). Die Worte sind zunächst in ihrem natürlichen und gewöhnlichen Sinn zu nehmen, es ist zu vermuthen, daß der Sprechende sich der Sprache nach ihrem gemeinen Gebrauch bedient hat[o]). Giebt dieser einen annehmbaren und sicheren Sinn, so ist es unzulässig, ihn aus anderswo

---

non deberi. — Rerum enim vocubala immutabilia sunt, hominum mutabilia, über die Güte (Note h), Accessionen, L. 34 pr. D. de contr. emt., den Umfang überhaupt, L. 57 §. 1. 2 cod.; L. 4 §. 1, L. 38 pr., L. 42 de A. E. V. (19, 1).

k) L. 9 pr. D. de contr. emt., L. 3 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), L. 18 D. de rebus cred. (12, 1). Nicht diese Wirkung hat der Irrthum in den Motiven zu dem Geschäft (falsa causa), s. §. 57, mit Ausnahme einiger Fälle bey letztwilligen Verfügungen. Savigny, System III. Beil. VIII. 17.

l) L. 73 §. 3 D. de R. I. (50, 17), L. 7 §. 2 D. de supell. leg. (33, 10), L. 4 pr. D. de leg. I. (Note i).

m) L. 17 §. 1, L. 34 pr. D. de condic. (35, 1). Das Niederschreiben einer größeren oder geringeren Quantität, als erweislich die Absicht war, wird nach dem wirklichen Willen des Verfügenden rectificirt. L. 9 §. 2—4 D. de hered. inst. (28, 5).

n) L. 9 pr. D. eod., L. 3 D. de reb. dub. (34, 5): In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus, itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

o) L. 7 §. 2 D. de supell. leg. (33, 10).

gesuchten Gründen in Frage zu stellen, außerdem würde die beste Wahl des Ausdrucks nicht gegen Mißinterpretation sicher stellen[p]).

Auf der anderen Seite haben die Worte doch nur dadurch eine Bedeutung, daß sie den Willen des Sprechenden enthalten[q]). Dieß kommt vornehmlich zur Anwendung, wenn die Worte zweideutig sind. Dabey ist dann nicht darauf zu sehen, was nach dem gemeineren Sprachgebrauch in ihnen liegt, oder wie Andere sie verstanden haben, sondern was der Sprechende damit ausdrücken wollte[r]). Haben die Worte nach den Orten eine verschiedene Bedeutung, so wird, wenn der Wille des Handelnden nicht auf andere Weise entschieden ist, der Sprachgebrauch des Geschäftsorts entscheiden, vorausgesetzt, daß eine Verfolgung desselben durch den Sprechenden wahrscheinlich ist (was z. B. bey Fremden nicht immer der Fall seyn wird)[s]). Bey einem Geschäft unter Entfernten wird es theils nach diesem, theils nach dem Grundsatz, daß der Sinn des Sprechenden entscheidet, auf den Sprachgebrauch am Ort des Proponenten ankommen[t]).

Bleibt nach allem dem ein Zweifel zurück, so ist der Sinn anzunehmen, den der Handelnde mit seinem Ausdruck verbunden haben muß, wenn er als ein verständiger Mann gehandelt hat[u]), daher der, bey dem das Geschäft bestehen kann[v]). Sodann ist im Zweifel das Geringere[w]), das weniger Belästigende[x]) anzunehmen, also zum Vortheil des Verpflichteten zu interpretiren[y]). Dieß hat bey Verträgen auch den Grund, daß der Gläubiger die Hauptperson ist, welcher die genaue Fassung vorzugsweise obliegt, und so wird auch bey gegen-

p) L. 25 §. 1 D. de leg. III. (32): Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. 69 pr. eod.

q) L. 7 §. 2 D. de supell. leg.: — nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. — L. 3 C. de lib. praet. (6, 28): — cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat. L. 219 D. de V. S. (50, 16).

r) L. 96 D. de R. I. (50, 17), L. 69 §. 1 D. de leg. III. (32).

s) L. 65 §. 7 D. eod., L. 18 §. 3 D. de instr. leg. (33, 7), L. 34 D. de R. I. (50, 17).

t) Vgl. Wächter, über Auslegung der unter Abwes. geschl. Verträge, Archiv für civ. Prax. XIX. 5.

u) L. 67 D. de R. I. (50, 17).

v) L. 12 D. de reb. dub. (34, 5), L. 80 D. de V. O. (45, 1).

w) L. 8 D. de R. I.: Semper in obscuris quod minimum est sequimur.

x) L. 56 eod.: Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.

y) L. 38 §. 18 D. de V. O. (45, 1): In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.

seitigen Verträgen, wo beide Theile Verpflichtete sind, im Zweifel zum Nachtheil dessen, der als Hauptperson gilt, interpretirt[z]).

Endlich giebt es gewisse causae favorabiles, für die man im Zweifel interpretiren muß, so die Freiheit[aa]), die Dos zu Gunsten der Frau[bb]), letztwillige Anordnungen, welche, um den Willen des Testators nicht zu verfehlen, eher zu Gunsten des Honorirten[cc]), und vor allem zur Aufrechthaltung der Verfügungen auszulegen sind[dd]).

C. Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

§. 67.

Ein Rechtsgeschäft ist ungültig, wenn der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses entweder von Anfang seine wirksame Errichtung ausschließt, oder, so es ohne einen solchen Mangel errichtet worden ist, sein Fortbestehen hindert[a]). In beiden Fällen kann die Ungültigkeit entweder Nichtigkeit, Nullität seyn, wenn dem sie verursachenden Umstand die Wirkung beigelegt ist, die Existenz des Geschäfts unmittelbar (ipso iure) auszuschließen[b]), oder Anfechtbarkeit, Rescissibilität, wenn der sie verursachende Umstand einer Person das Recht giebt, das Geschäft in seinen Wirkungen als nichtbestehend zu behandeln, so daß es als bestehend gilt, wenn und so lange jene nicht von dieser Befugniß

z) L. 39 D. de pact. (2, 14): Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

aa) L. 179 D. d. R. I. (50, 17).

bb) L. 95 eod.

cc) L. 12 eod.

dd) L. 24 D. de reb. dub. (34, 5).

a) Nicht jedes Hinderniß seiner Entstehung ist auch ein solches seiner Fortdauer, vgl. L. 85 §. 1 D. de R. I. (50, 17): Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus existerit, a quo initium capere non potuerunt. L. 3 §. 2 D. de his qu. pro non scr. (34, 8): — quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. L. 98 pr. D. de V. O. (45, 1): — et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constituerunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. L. 140 §. 2 eod. Vgl. Savigny, System IV. S. 553 f.

b) Wo der Grund der Ungültigkeit ein gesetzliches Verbot ist, nahmen die älteren Römer Nichtigkeit nur dann an, wenn diese Folge von dem Gesetz bestimmt ausgesprochen war (lex perfecta), nach neuerem Recht ist dies nicht nöthig. L. 5 C. de legib. (1, 14). Uebrigens hat die fraudulose Umgehung des Gesetzes dieselbe Folge, wie die unumwundene Gegenwirkung. L. 29 D. de legib. (1, 3): Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit. L. 30 eod.

Gebrauch macht[c]). Die Anfechtung geschieht regelmäßig durch ein gerichtliches Rechtsmittel, möglicherweise kann aber auch einer außergerichtlichen Erklärung diese Wirkung beigelegt seyn[d]).

Ein Rechtsgeschäft kann theilweise ungültig seyn, entweder so, daß die gültigen Bestandtheile noch immer dasselbe Geschäft[e]), oder so, daß sie ein anderes bilden, eine Conversion des Geschäfts eintritt[f]). Ein ungültiges Geschäft kann aber auch durch nachheriges Wegfallen des Hindernisses convalesciren, was bey nichtigen Geschäften die seltene Ausnahme[g]), bey rescissibeln eine in der Natur dieser Art von Ungültigkeit liegende Möglichkeit ist.

D. Von Schenkungen[a]).

1. Begriff.

§. 68.

Unter den Rechtsgeschäften sind die Veräußerungen (§. 48) ausgezeichnet, unter diesen wieder die, welche eine reine Minderung des Vermögens, nicht blos specifisch, sondern auch dem Werth nach ent-

---

c) Es wäre denkbar, daß auch bey der Nullität eine Erklärung irgend einer Art von Seiten der Person, die sie geltend machen will, und ein richterlicher Ausspruch gefordert würde, um den äußeren Schein eines Geschäfts aufzuheben und künftiger Ungewißheit zu entgehen, z. B. eine querela nullitatis, und darauf folgende richterliche Nullitätserklärung. Dem römischen Recht ist dieß fremd, im heutigen kommt es vor, aber nur in wenigen Fällen, bey der Ehe und im Proceß.

d) Es ist kein zureichender Grund vorhanden, diesen letzten Fall (der nicht mit dem der Note c identisch ist) zur Nullität zu rechnen, wofür man den Ausdruck: relative Nullität erfunden hat, s. z. B. Brandis, über absolute und relative Null., Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VII. 4. 5. Wirkliche Nullitätsfälle dieser Art müßten als bedingte Nullität aufgefaßt werden.

e) L. 1 §. 5 D. de V.O. (45, 1): Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto, nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem. L. 9 pr. D. de usur. (22, 1). Vgl. L. 178 D. de R. I. (50, 17): Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

f) L. 5 pr. D. de rescind. vend. (18, 5), L. 8 pr. 19 pr. D. de acceptil. (46. 4), vgl. L. 1 §. 4 D. de const. pec. (13, 5). (Römer, Archiv für civ. Pr. XXXVI. [1853] 4. R.)

g) L. 42 D. de usurp. (41, 3), L. 38 D. de adopt. (1, 7). Die Regel enthält L. 29 D. de R. I. (50, 17): Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. L. 201 eod., L. 83 §. 5, L. 137 §. 6 D. de V. O. (45, 1), L. 17 §. 4 D. de pact. (2, 14).

a) Inst. II. 7., Dig. XXXIX. 5. Cod. VIII. 54 de donationibus. v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach R. R. Bd. I. 1835. Bd. II. Abth. 1. 1837. v. Savigny, System IV. §. 142—176.

halten, Liberalitäten. Kommt zu diesem Moment noch die Bereicherung eines Anderen (lucrativa causa), welche von dem Veräußerer beabsichtigt ist (animus donandi), und mit welcher Absicht auch der Empfänger übereinstimmt, so ist das Geschäft eine Schenkung, donatio[b]), welche übrigens, jene Momente vorausgesetzt, die verschiedensten Formen: einer Eigenthumsübertragung, Bestellung eines ius in re, einer Forderung gegen den Schenker (Schenkungsversprechen), des Aufgebens eines Rechts u. s. f. annehmen kann. Die Schenkung bezieht sich auf keine einzelne Classe von Rechten ausschließlich[c]), sie kann die causa für Veränderungen in allen Vermögensrechten seyn[d]).

b) Minderung des Vermögens, L. 3 D. pro don. (41, 6), L. 28 §. 2, L. 31 §. 1. 10 D. de don. inter vir. (24, 1), L. 5 §. 13. 14, L. 31 §. 6. 7 eod., L. 6 §. 2 – 5, L. 18 D. quae in fraud. cred. (42, 8), L. 1 §. 6 – 8 D. si quid in fraud. p. (38, 5), L. 23 pr. D. de donat. (39, 5): — creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere posse, nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere. Savigny a. a. O. §. 145—147. — Bereicherung, L. 1 §. 19 si quid in fraud. p., L. 18 cit., L. 1 §. 1 D. qu. mod. pign. (20, 6), L. 5 §. 8, L. 21 pr. D. de don. inter vir. (24, 1), L. 19 §. 4 D. de donat. (39, 5), L. 9 §. 3 eod.: Donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur. — Liberalität, L. 29 pr. eod.: Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur. — Animus donandi, L. 1 pr. 18 §. 1 eod., L. 18. 21 pr. 31 §. 3 D. de don. inter vir. L. 27 D. de donat.: Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo eoque uti — — dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum —. L. 34 §. 1 eod.: Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est, (si tamen donatio et) non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit (cf. Paul. sent. V. 11, 6). L. 18 pr. §. 1 eod.: — cum mixtum sit negotium cum donatione —. L. 5 §. 5 D. de don. inter vir. — Zustimmung des Beschenkten, L. 19 §. 2 D. de don.: Non potest liberalitas nolenti adquiri. Puchta, Cursus der Instit. II. §. 205 Note p.

c) Vgl. Savigny, §. 155—158. Pollicitation und Votum werden niemals als eigentliche Schenkung behandelt. L. 3 §. 1 D. de pollic. (50, 12), L. 19 pr. D. de donat. (39, 5).

d) Die jetzt gewöhnliche Methode, die Lehre von den Schenkungen zu den Obligationen zu stellen (wie früher zu dem Eigenthum, nach dem Beispiel der Institutionenordnung, in der dieß einen historischen Grund hatte), ist ganz geeignet, den wahren Begriff der Sache zu verdunkeln; gerade bey der einfachsten und natürlichsten Art zu schenken, die im sofortigen Hingeben zu Eigenthum besteht, kommt gar keine Obligatio vor. Zuletzt läßt sich jene Stellung wohl auf den Irrthum, bey jedem Vertrag an ein obligatorisches Verhältniß zu denken (§. 54), als ihre eigentliche Veranlassung zurückführen. (Vgl. Böcking, Pand. §. 106 Note 12. Die allgemeine Stellung der Lehre wird angefochten von Dankwardt, Nationalöconomie und Jurisprudenz III. S. 49, „weil alle bisherigen Systeme falsch sind". Eine gleiche Stellung könnte freilich auch die Bestellung einer Dos und der Vergleich beanspru-

Gebrauch macht[c]). Die Anfechtung geschieht regelmäßig durch ein gerichtliches Rechtsmittel, möglicherweise kann aber auch einer außergerichtlichen Erklärung diese Wirkung beigelegt seyn[d]).

Ein Rechtsgeschäft kann theilweise ungültig seyn, entweder so, daß die gültigen Bestandtheile noch immer dasselbe Geschäft[e]), oder so, daß sie ein anderes bilden, eine Conversion des Geschäfts eintritt[f]). Ein ungültiges Geschäft kann aber auch durch nachheriges Wegfallen des Hindernisses convalesciren, was bey nichtigen Geschäften die seltene Ausnahme[g]), bey rescissibeln eine in der Natur dieser Art von Ungültigkeit liegende Möglichkeit ist.

D. Von Schenkungen[a]).

1. Begriff.

§. 68.

Unter den Rechtsgeschäften sind die Veräußerungen (§. 48) ausgezeichnet, unter diesen wieder die, welche eine reine Minderung des Vermögens, nicht blos specifisch, sondern auch dem Werth nach ent-

---

c) Es wäre denkbar, daß auch bey der Nullität eine Erklärung irgend einer Art von Seiten der Person, die sie geltend machen will, und ein richterlicher Ausspruch gefordert würde, um den äußeren Schein eines Geschäfts aufzuheben und künftiger Ungewißheit zu entgehen, z. B. eine querela nullitatis, und darauf folgende richterliche Nullitätserklärung. Dem römischen Recht ist dieß fremd, im heutigen kommt es vor, aber nur in wenigen Fällen, bey der Ehe und im Proceß.

d) Es ist kein zureichender Grund vorhanden, diesen letzten Fall (der nicht mit dem der Note c identisch ist) zur Nullität zu rechnen, wofür man den Ausdruck: relative Nullität erfunden hat, s. z. B. Brandis, über absolute und relative Null., Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VII. 4. 5. Wirkliche Nullitätsfälle dieser Art müßten als bedingte Nullität aufgefaßt werden.

e) L. 1 §. 5 D. de V.O. (45, 1): Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto, nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem. L. 9 pr. D. de usur. (22, 1). Vgl. L. 178 D. de R. I. (50, 17): Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

f) L. 5 pr. D. de rescind. vend. (18, 5), L. 8 pr. 19 pr. D. de acceptil. (46. 4), vgl. L. 1 §. 4 D. de const. pec. (13, 5). (Römer, Archiv für civ. Pr. XXXVI. [1853] 4. R.)

g) L. 42 D. de usurp. (41, 3), L. 38 D. de adopt. (1, 7). Die Regel enthält L. 29 D. de R. I. (50, 17): Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. L. 201 eod., L. 83 §. 5, L. 137 §. 6 D. de V. O. (45, 1), L. 17 §. 4 D. de pact. (2, 14).

a) Inst. II. 7., Dig. XXXIX. 5. Cod. VIII. 54 de donationibus. v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach R. R. Bd. I. 1835. Bd. II. Abth. 1. 1837. v. Savigny, System IV. §. 142—176.

halten, Liberalitäten. Kommt zu diesem Moment noch die Bereicherung eines Anderen (lucrativa causa), welche von dem Veräußerer beabsichtigt ist (animus donandi), und mit welcher Absicht auch der Empfänger übereinstimmt, so ist das Geschäft eine Schenkung, donatio[b]), welche übrigens, jene Momente vorausgesetzt, die verschiedensten Formen: einer Eigenthumsübertragung, Bestellung eines ius in re, einer Forderung gegen den Schenker (Schenkungsversprechen), des Aufgebens eines Rechts u. s. f. annehmen kann. Die Schenkung bezieht sich auf keine einzelne Classe von Rechten ausschließlich[c]), sie kann die causa für Veränderungen in allen Vermögensrechten seyn[d]).

---

b) Minderung des Vermögens, L. 3 D. pro don. (41, 6), L. 28 §. 2, L. 31 §. 1. 10 D. de don. inter vir. (24, 1), L. 5 §. 13. 14, L. 31 §. 6. 7 eod., L. 6 §. 2 – 5, L. 18 D. quae in fraud. cred. (42, 8), L. 1 §. 6 – 8 D. si quid in fraud. p. (38, 5), L. 23 pr. D. de donat. (39, 5): — creditorem futuri temporis usuras et remittere et minuere posse, nec in ea donatione ex summa quantitatis aliquid vitii incurrere. Savigny a. a. O. §. 145—147. — Bereicherung, L. 1 §. 19 si quid in fraud. p., L. 18 cit., L. 1 §. 1 D. qu. mod. pign. (20, 6), L. 5 §. 8, L. 21 pr. D. de don. inter vir. (24, 1), L. 19 §. 4 D. de donat. (39, 5), L. 9 §. 3 eod.: Donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur. — Liberalität, L. 29 pr. eod.: Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur. — Animus donandi, L. 1 pr. 18 §. 1 eod., L. 18. 21 pr. 31 §. 3 D. de don. inter vir. L. 27 D. de donat.: Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo coenaculo eoque uti — — dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum —. L. 34 §. 1 eod.: Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est, (si tamen donatio et) non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit (cf. Paul. sent. V. 11, 6). L. 18 pr. §. 1 eod.: — cum mixtum sit negotium cum donatione —. L. 5 §. 5 D. de don. inter vir. — Zustimmung des Beschenkten, L. 19 §. 2 D. de don.: Non potest liberalitas nolenti adquiri. Puchta, Cursus der Instit. II. §. 205 Note p.

c) Vgl. Savigny, §. 155—158. Pollicitation und Votum werden niemals als eigentliche Schenkung behandelt. L. 3 §. 1 D. de pollic. (50, 12), L. 19 pr. D. de donat. (39, 5).

d) Die jetzt gewöhnliche Methode, die Lehre von den Schenkungen zu den Obligationen zu stellen (wie früher zu dem Eigenthum, nach dem Beispiel der Institutionenordnung, in der dieß einen historischen Grund hatte), ist ganz geeignet, den wahren Begriff der Sache zu verdunkeln; gerade bey der einfachsten und natürlichsten Art zu schenken, die im sofortigen Hingeben zu Eigenthum besteht, kommt gar keine Obligatio vor. Zuletzt läßt sich jene Stellung wohl auf den Irrthum, bey jedem Vertrag an ein obligatorisches Verhältniß zu denken (§. 54), als ihre eigentliche Veranlassung zurückführen. (Vgl. Böcking, Pand. §. 106 Note 12. Die allgemeine Stellung der Lehre wird angefochten von Dankwardt, Nationalöconomie und Jurisprudenz III. S. 49, „weil alle bisherigen Systeme falsch sind". Eine gleiche Stellung könnte freilich auch die Bestellung einer Dos und der Vergleich beanspru-

2. Donatio inter vivos.

a. Erfordernisse.

§. 69.

Die Schenkung geschieht unter Lebenden, wenn sie entweder sofort vollendet wird, oder wenigstens vor dem Tod des Schenkers perfect werden kann. Die Errichtung eines Geschäfts unterliegt besonderen Beschränkungen darum, daß es unter den Begriff einer Schenkung fällt. 1) Personen, die nicht veräußern können, oder die wenigstens nicht zu einer Liberalität befugt sind, können auch nicht schenken, nämlich die Administratoren fremder Güter: Procuratoren (§. 53), Vormünder [a]), Filiifamilias [b]); dieß haben die Schenkungen mit anderen Liberalitäten gemein. 2) Schenkungen unter Ehegatten sind ungültig. 3) Schenkungen über 500 solidi (nach heutigem gemeinen Recht: Ducaten zu $2\frac{2}{3}$ Thaler oder 4 Gulden im Zwanzigguldenfuß — $2\frac{4}{5}$ preuß. Thaler) sind auf den Ueberschuß nichtig, wenn sie nicht gerichtlich insinuirt sind [c]). Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf mehrere succeſſive kleinere Schenkungen unter denselben Personen [d]), noch auf die Schenkung einer nicht schon für ein Jahr das gesetzliche Maß übersteigenden Rente, wenn sie nicht auf die Erben, weder des Schenkers noch des Beschenkten übergehen soll [e]). Manche

chen, bei denen sich dieselbe juristische Absicht ebenfalls den verschiedensten Zuwendungen beigesellen kann. R.)

a) L. 22. 46 §. ult. D. de admin. tut. (26, 7).

b) L. 7 D. de donat. (39, 5), L. 28 §. 2 D. de pact. (2, 14).

c) L. 34—36 C. de donat. (8, 54). Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. I. 1. Ueber das ältere Recht der Lex Cincia und ihrer späteren Modificationen s. Puchta, Cursus der Instit. II. §. 206. (Keller, Pand. §. 67, Rudorff, röm. Rechtsgeschichte I. §. 22. R.) — Dagegen hat Justinian umgekehrt ein Rechtsgeschäft für den Fall, daß es donationis causa geschlossen wird, erleichtert: ein Schenkungsversprechen soll keiner Stipulation bedürfen, sondern als bloßes pactum klagbar seyn. L. 35 §. 5 C. de donat., §. 2 I. eod. (2. 7).

d) L. 34 §. 3 C. eod.

e) L. 34 §. 4 C. eod.: Si quis autem talem receperit donationem, in qua stipulatus fuerit annuam quandam sibi praestare tantae summae, quae non excedit legitimum donationis modum — — si huiusmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam personarum stetur, vel dantis vel accipientis, et multae intelligantur donationes et liberae a monumentorum observatione —. Sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accepit (Cujacius vel *non* adi., Savigny aus H. S. vel adi. t. v. *heredum* vel don. [ohne Aenderung im Texte: Briegleb im Archiv für civ. Pr. XXXVIII. 6, indem er vitae als Dativ auffaßt und von adiiciatur, statt von tempus abhängig macht. R.]), tunc ei quasi perpetuata donatione, et continuatione eius magnam et opulentiorem eam efficiente, et una intelliga-

Fälle aber sind noch besonders ausgenommen: 1) Schenkungen von dem Regenten und an ihn[f]; 2) Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen[g]; 3) zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude[h]; 4) Bestellung einer dos, sofern darin eine Schenkung an die Frau liegt[i].

b. Wirkungen.

§. 70.

Es ist eine Eigenthümlichkeit der Schenkung, daß eine unter diesen Begriff fallende Veräußerung aus gewissen besonderen Gründen widerrufen werden kann[a]: 1) wegen Undanks des Beschenkten, d. h. a) thätlicher Injurien, b) grober sonstiger Injurien (fällt bey der zur zweiten Ehe geschrittenen Mutter hinsichtlich der Schenkungen an die Kinder erster Ehe weg), c) Lebensgefahr, in die er den Schenker gebracht hat, d) absichtlicher Zufügung eines nicht unbedeutenden Vermögensnachtheils (bei der mater binuba Versuch gänzlicher Vermögensentziehung), e) Nichterfüllung des bey der Schenkung Versprochenen (fällt bey der mater binuba weg)[b]. Die Widerrufsklage ist eine persönliche, die überdieß nur auf Vindicta und daher nicht auf und gegen die Erben geht[c]. 2) Wegen nachgeborener Kinder bey der von dem kinderlosen Patron an Freigelassene gemachten Schenkung[d].

---

tur, et quasi densioribus donationibus cumulata, excedere legitimum modum, et omnimodo acta deposcere et aliter minime convalescere.

f) L. 34 pr. C. eod., Nov. 52 c. 2. Vgl. über den Inhalt dieses Gesetzes Osenbrüggen, zur Interpr. des Corpus Jur. (1842) Cap. 3. — Auch die Schenkungen beweglicher Sachen durch einen magister militum (obersten Befehlshaber) an die ihm untergebenen Soldaten waren ausgenommen. L. 36 §. 1 C. eod.

g) L. 34 pr. L. 36 pr. C. eod.

h) L. 36 §. 2 C. eod.

i) L. 31 pr. C. de iure dot. (5, 12). Für den Mann ist die Bestellung der Dos nie eine Schenkung; eben so ist es nicht die donatio propter nuptias, Nov. 119 c. 1, doch ist später vorgeschrieben worden, daß zwar nicht für die Rechte der Frau, aber für die des Mannes hinsichtlich dieser d. p. n. die Insinuation eine wesentliche Voraussetzung seyn soll, Nov. 127 c. 2. (Ueber die Ausnahme der piae causae L. 34 pr. C. de don. 8, 54. Gegen die Anwendung, mit Ausnahme der in L. 19 C. de s. s. eccl. 1, 2 genannten: v. Buchholtz, Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß N. F. 1853. XI. Num. 4. R.)

a) Cod. VIII, 56: de revocandis donationibus.

b) L. ult. C. eod., Nov. 22 c. 35. Ganz des Widerrufs gehen verlustig Mütter, die sich einem sittenlosen Wandel ergeben. L. 7 C. eod.

c) L. 7. 10 C. eod. (So ist der „vindicationis effectus" in der ersten Stelle zu verstehen. Vgl. §. 88 c. Num. 8. R.)

d) L. 8 C. eod. Ueber die Geschichte dieses Rechtssatzes vgl. Puchta, Cursus der Instit. II. §. 206. Seine Anwendung auf andere Schenker, vorausgesetzt eine Schenkung von dem Belang, daß eine Unterlassung derselben bey Voraussicht jenes

Die Forderung, die aus einem Schenkungsversprechen entspringt, hat einiges Besondere in ihren Wirkungen: in Beziehung auf Eviction und Mängel der Sache; es werden keine Verzugszinsen geleistet[e]; die Wohlthat der Competenz tritt ein, und zwar mit einer in anderen Fällen nicht anwendbaren Erweiterung (§. 244).

c. Besondere Arten.

§. 71.

Eine Schenkung, welcher das Motiv der Dankbarkeit zu Grunde liegt, nennt man eine remuneratorische[a]). Die Umstände können von der Beschaffenheit seyn, daß eine solche Gabe rein als eine Belohnung (wenn auch ein rechtlicher Anspruch des Empfängers nicht behauptet werden kann) erscheint, dann ist sie gar keine wahre Schenkung[b]). Abgesehen von diesem Fall, unterliegt sie den Grundsätzen von der Schenkung, jenes Motiv allein entzieht ihr den Charakter einer wahren Schenkung nicht[c]).

In der donatio sub modo ist die Schenkung mit einer Verpflichtung des Empfängers gemischt[d]). Daß es eine Schenkung ist, hat auf die Verpflichtung Einfluß[e]), umgekehrt wird durch die Verpflichtung die Schenkung modificirt, insofern nur das, was nach der Erfüllung als Bereicherung übrig bleibt, als Betrag der Schenkung betrachtet werden kann[f]).

Ereignisses anzunehmen ist, ist durch eine sichere Praxis entschieden. Faber, codex defin. forens. VIII. 38, 2—10. III. 20, 3. Lauterbach, coll. th. pr. XXXIX. 5, 53 sqq. Berger, oecon. iur. II. 2, 29. Hofacker, princ. II. §. 1003. — Die anderen Personen (den Gläubigern, den Notherben) zuständige Revocation gehört nicht hierher.

e) L. 22 D. de donat. (39, 5): Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

a) Vgl. darüber Savigny, System IV. §. 153. Meyerfeld I. §. 19.

b) L. 27. 34 §. 1 D. de donat. (39, 5), s. §. 68 Note b.

c) S. L. 10 §. 13, L. 12 D. mand. (17, 1). Irrthümer, die vornehmlich durch Generalisirung der Fälle der Note b entstanden sind: 1) die rem. Schenkung unterliege keiner der besonderen Schenkungsbeschränkungen, 2) sie unterliege wenigstens nicht der Insinuation und der Revocation, 3) nur nicht der Revocation wegen Undanks, was die Meisten annehmen.

d) Cod. VIII. 55: de don. quae sub modo etc. conficiuntur. Savigny, §. 175.

e) Condictio causa data causa non secuta. L. 3. 8 C. de cond. ob caus. (4, 6); Wegfall derselben, wenn die Erfüllung ohne Schuld des Empfängers ausbleibt. L. 8 cit., L. 18 pr. §. 1 D. de donat. (39, 5); Undanksrevocation wegen Nichterfüllung §. 70; in einem Fall Vindication, L. 1 C. h. t. (8, 55).

f) Unrichtig ist es, die donatio sub modo überhaupt von der Insinuation und

Die Schenkung kann das ganze gegenwärtige Vermögen zum Gegenstand haben[g]), welches nach Abzug der Schulden verstanden wird. Sie bewirkt keine Universalsuccession[h]).

3. Mortis causa donatio[a]).

§. 72.

Schenkung auf den Todesfall ist eine Schenkung, deren Perfection von dem Tod des Schenkers abhängig gemacht wird, so daß sie kraftlos ist, wenn dieser den Beschenkten überlebt[b]), außerdem können noch andere Gründe der Unwirksamkeit gesetzt seyn, so namentlich, was als Regel zu vermuthen ist, willkürlicher Widerruf[c]). Geschieht die Schenkung durch Uebertragung eines Gegenstands auf den Beschenkten, so enthält sie zugleich für den Fall der Entkräftung eine Verpflichtung zur Zurückgabe[d]). Diese Schenkung hat eine große factische Aehnlichkeit mit dem Vermächtniß, und sie ist in vielen und wichtigen Punkten mit ihm gleichgestellt (§. 552), der wesentliche Unterschied ist, daß sie keine Gabe aus der Erbschaft ist, also keine Beerbung des Schenkers voraussetzt[e]).

Revocation auszunehmen, wie Mühlenbruch, Lehrb. §. 443 mit Anderen thut. (Ueber die Praxis: Seuffert's Archiv I. 340, III. 265, IV. 118, V. 18. Gruchot, Beitr. zur Erl. des preuß. Rechts. Jahrg. VII. S. 159—174. Unger §. 99. R.)

g) Schenkung des gegenwärtigen und zukünftigen? Savigny §. 159 und Andere sind, ohne hinreichenden Grund, gegen ihre Zuläßigkeit.

h) Vgl. L. 72 pr. D. de iure dot. (23, 3), L. 35 §. 4 C. de donat. (8, 54).

a) Dig. XXXIX. 6: de mortis causa donationibus et capionibus. Cod. VIII. 57: de don. m. c. Hasse, Rhein. Mus. II. S. 300—366. III. S. 1—22. 371—417 (1828). v. Schröter, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. II. 4 (1828). Wiederhold, das. XV. 4 (1841). Savigny §. 170—174. Keller, Pand. §. 69.

b) L. 32 D. h. t.: non videtur perfecta mortis causa donatio facta, antequam mors insequatur. L. 1 eod.: M. c. donatio est, cum quis habere se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. L. 26. 27. 35 §. 2 eod.

c) L. 2—7. 16. 30. 35 §. 3. 4 eod.

d) L. 19 pr. D. de reb. cred. (12, 1). Condictio, L. 35 §. 3 h. t. Actio praescriptis verbis, L. 18 §. 1, L. 30 eod. (L. 42 pr. eod. Huschke, Zeitschr. für Civilr. N. F. II. 6. 11. S. 203 f. Anders Keller, Zeitschr. für gesch. R. W. XII. 12 [1845]. R.) Vindication, L. 29 eod.

e) L. 38 D. eod.: — mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat.—



III. Zeit als Entstehungs- und Endigungsgrund von Rechten[a]).

A. Wirkungen der Zeit.

§. 73.

Die juristischen Thatsachen stehen sämmtlich in der allgemeinen Verbindung mit der Zeit, daß sie in dieselbe fallen; dadurch allein wird natürlich die Zeit keine juristische Frage. Anders, sofern es von Belang ist, in welchen Zeitabschnitt sie fallen. Der Zeitabschnitt ist von Wichtigkeit 1) durch die Vorschrift, daß gewisse Geschäfte an gewissen Tagen nicht sollen vorgenommen werden können, gerichtliche Handlungen nämlich nicht an Festen, feriae[b]), 2) durch die gesetzliche, richterliche oder privatwillkürliche Festsetzung von Terminen und Fristen für die Vornahme von Handlungen, oder den Eintritt von Ereignissen, wenn sie gewisse Wirkungen haben sollen, 3) durch die rechtlichen Wirkungen, welche einer gewissen Dauer von Zuständen — z. B. des Lebens (§. 23), des Besitzes (§. 155. 188), der Unterlassung einer Handlung (§. 89. 190) — beigelegt sind[c]).

Die wichtigsten dieser Zeitwirkungen hat man unter dem Namen der Verjährung (Präscription) zusammengefaßt: Veränderung in Rechten durch die eine Zeit hindurch fortgesetzte Ausübung oder Nichtausübung derselben, welche, wenn sie (vorzugsweise) in einem Erwerb besteht, Acquisitiv-, wenn in einem Verlust, Extinctiv- (erlöschende) Verjährung genannt wird[d]). Man ist aber nicht bey dem Namen

a) Savigny, System IV. §. 177—201. Keller, Pand. § 72 ff.

b) Dig. II. 12: de feriis et dilationibus et diversis temporibus. Cod. III. 12: de feriis. Vgl. X. II, 9: de feriis. Diese Feste sind theils kirchliche (nach justinianischem Recht die Sonntage, die zwey Wochen, welche Ostern einschließen, Weihnachten, Epiphanias, Pfingsten), theils weltliche (Ernte- und Weinleseferien, der erste Januar, die Gründungstage von Rom und Constantinopel, die der Geburt und des Regierungsantrittes des Kaisers). Von jenen gilt die Regel der Unstatthaftigkeit gerichtlicher Acte am vollständigsten, doch mit bedeutenden Ausnahmen, namentlich nichtstreitiger Sachen, bey denen keine Untersuchung erforderlich ist, aber auch mancher anderer.

c) Dig. XLIV. 3: de diversis temporalibus praescriptionibus et accessionibus temporum. Cod. VII. 40: de annali exceptione italici contractus tollenda, et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interpellationibus earum. — Cuiacius, de div. temporum praescr. et terminis. Opp. 1577 I p. 219 sqq. Savigny §. 177.

d) (Nach L. 4 C. de praescr. XXX vel XL ann. [7, 39]: — ius privatum vel publicum, — quod — quadraginta annorum extinctum est iugi silentio —. R.)

stehen geblieben, sondern hat die höchst verschiedenartigen Institute, die unter jenen Ausdruck fallen (Klagenverjährung, Ersitzung, non usus u. s. f.), als Ein Rechtsinstitut behandelt, ein systematischer Mißgriff, der nicht verfehlt hat, erhebliche Irrthümer auch im Einzelnen hervorzubringen [e]).

B. Zeitabschnitte.

§. 74.

Die Zeitabschnitte (Jahre, Monate, Wochen, Tage, Stunden, Minuten u. s. f.) kommen theils einzeln, nach dem Zeitraum, den jeder einzelne einschließt, zur Sprache, theils als Theile eines größeren Zeitraums, der durch die Zahl derselben ausgedrückt wird. Durch den Kalender ist ihre Behandlung in den allermeisten Fällen, worin sie eine rechtliche Bedeutung haben, zu einem Geschäft gemacht worden, welches weder eine besondere Sachkenntniß, noch den Gebrauch künstlicher Instrumente voraussetzt. Dieß gilt aber nur von dem Jahr bis zu den Tagen herab, kleinere Abschnitte verzeichnet der Kalender nicht. Der im Jahre 709 nach Erbauung Roms von Julius Cäsar eingeführte und noch jetzt in der Hauptsache geltende Kalender theilt das Jahr in 12 Monate von ungleicher Dauer, die zusammen 365 Tage betragen, denen er aber, um den gegenüber dem astronomischen Jahr verloren gehenden Viertelstag wieder zu gewinnen, alle vier Jahre einen 366ten (Schalttag, dies intercalaris) hinzufügt; der Tag sodann ist die (in 24 Stunden getheilte) Zeit von Mitternacht zu Mitternacht [a]). Nun kommen jedoch diese Abschnitte im Recht nicht blos mit dem festen Anfang und Ende, die sie im Kalender haben (z. B. das Jahr 1843, der Monat Februar), vor, sondern auch mit willkürlichem Anfang (z. B. binnen einem Jahr, binnen zwey Monaten), hier sind sie der

---

e) Der letzte monographische Versuch dieser Art ist: Unterholzner, ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. 1828. 2 Bde. (zweite und durchgesehene Auflage von Schirmer 1858. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon XII. S. 288—675. Auch die neueren Civilgesetzbücher haben diesen Standpunct: Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 9 „von der Verjährung" §. 500—669. Code Nap. liv. III. tit. 20 de la prescription, Oesterr. Bürg. Gesetzb. §. 1451—1502. „Von der Verjährung und Ersitzung". Unger II. §. 104. R.)

a) L. 8 D. de feriis (2, 12). Diese kalendermäßigen Zeiten heißen civilis annus, mensis, dies. Censorin., de die nat. 20. 22. 23. Varro, de re rust. I. 28. (Ueber das Geschichtliche: Otto Hartmann, der Ordo Judiciorum und die Judicia extraordinaria der Römer. I. (1859). Th. Mommsen, die röm. Chronologie bis auf Cäsar. 1859. O. Hartmann, zum röm. Kalender. Eine Entgegnung auf Th. Mommsen's Angriffe. 1860. Huschke, das alte römische Jahr und seine Tage. 1869. R.)

Ausdruck einer gewissen Anzahl kleinerer Zeitabschnitte, die von einem gewissen Punkt an gezählt werden sollen. Und zwar bedeutet Jahr die Summe von 365 Tagen[b]), ohne Rücksicht auf ein Schaltjahr, da der Schalttag nicht als ein besonderer Tag in Anschlag kommt[c]), Monat aber die Summe von 30 Tagen, ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Länge der Kalendermonate[d]).

---

b) L. 51 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 4 §. 5 D. de statulib. (40, 7).

c) Der Schalttag ist ein (vorausgehender) Zusatz zum sextus ante Kalendas Martias, der dann bisextum heißt, und davon gilt der Grundsatz: id biduum pro uno die habetur. L. 98 pr. D. de V. S. (50, 16), L. 3 §. 3 D. de minor. (4, 4). Eben so ist er nach heutigem Ausdruck ein Zusatz zum 24. Februar (Matthiastag), dieser letztere wird im Schaltjahr der 25. Tag des Monats, der Schalttag erhält keinen weiteren Namen, was gleichfalls als Andeutung jenes Grundsatzes zu betrachten ist, Savigny §. 192. (Vgl. Alb. de Groening, quaest. et controv. de die intercalari [1843] II. 6, wo die Frage auch dogmengeschichtlich mit Sorgfalt erörtert ist. — Neuerdings hat Mommsen, röm. Chronologie 2. Ausg. S. 279 ausgeführt, daß der Schalttag der 25. Februar gewesen und schon bei den Römern nach unserer Weise als posterior dies bezeichnet sei. Eben so Bekker, Jahrb. III. S. 137 f. Heimbach in Weiske's Rechtslex. XV. S. 215 f. Dagegen jedoch Arndts in Bekker's Jahrb. III. 10 und gegen diesen wieder Mommsen, daselbst III. 14. Für das heutige Recht ist die Streitfrage unerheblich. Vgl. Savigny IV. S. 457 f. Vangerow I. §. 197 S. 363 f. Arndts §. 88 Note 4. R.)

d) L. 40 D. de reb. cred. (12, 1): — in dies triginta — — per singulos menses — L. 11 §. 6, L. 29 §. 5 D. ad L. Iul. de adult. (48, 5): sexaginta dies — alios quattuor menses — — sex mensium —. L. 22 §. 2. 11 C. de iure delib. (6, 30): — intra triginta dies — intra alios sexaginta dies — — intra tres menses —. Nov. 115 c. 2, Paul. sent. IV. 9, 5. Vgl. mit Censorin., de die nat. c. g. Nicht abweichend ist L. 101 D. de R. I. (50, 17): Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est, ita enim et imperator Antonius cum divo patre suo rescripsit, es ist ein Zeitraum von sechzig Tagen gemeint, nur daß der erste (d. h. in den der Anfangsmonat fällt) zwar mitgezählt, aber nicht mitgerechnet wird (§. 75 Note e). So giebt also der Verfasser des Werks περὶ χρόνων καὶ προθεσμιῶν (der s. g. Eustathius) den Inhalt der Stelle richtig, nur unvollständig, wieder, wenn er nach der Lesart den beiden ältesten Ausgaben zu Grunde liegenden Handschriften sagt: zwey Monate werden für 60 Tage genommen. Andere (s. Zachariä αἱ ῥοπαί S. 149) haben die Stelle mehr dem Wortlaut der Pandektenstelle angepaßt. (Durch Veränderung des primo in postremo sucht zu helfen: Huschke, Zeitschr. für Civilr. N. F. II. 6. 9 S. 166 ff. [1846]. R.) Ferner L. 12 D. de statu hom. (1, 5) und L. 3 §. 12 D. de suis et leg. (38, 16): — septimo mense — — centesimo octogesimo secundo die — ante centesimum octogesimum secundum diem —. Gar nicht hierher gehört L. 2. 5 pr. C. de tempor. appell. (7, 63). — Eine abweichende Meinung hat aufgestellt Schrader, Monatsrechnung des R. R., civil. Abhandl. II. 3 (1816). — Seitdem auch die Wochen zur Bezeichnung von Zeiträumen gebraucht werden, hat man auch zuweilen den Monat zu vier Wochen genommen, z. B. R. A. 1548 §. 53: — „in sechs Monaten, einen jeden Monat für vier Wochen zu rechnen.“ — Noch gewöhnlicher ist es, bey der Berechnung einer Monatszeit schlechthin auf die Zahl des Tags im

C. Berechnung eines Zeitraums.

1. Civilcomputation[a]).

§. 75.

Wenn die Dauer einer Thatsache mit einer festgesetzten Zeit verglichen werden soll, um zu entscheiden, ob jene Dauer dieser Zeit entspricht, so ist 1) die Summe der Zeitabschnitte, aus denen der festgesetzte Zeitraum besteht, 2) der Anfang der Thatsache, also der erste dieser Zeitabschnitte, zu bestimmen, und 3) zu sehen, ob von diesem Anfangspunkt bis zum letzten Moment, auf den es ankommt, jene Summe abgelaufen sey. Je kleiner die Abschnitte sind, in welche die Zeit zerlegt wird, desto genauer wird die Berechnung seyn. Da es an sich keinen kleinsten Zeittheil giebt, so liegt in jeder Wahl eine Resignation, man wird nur so weit herabsteigen, als es die Natur der Sache fordert, und die zugänglichen sicheren Mittel der Berechnung zulassen. Im römischen Recht wird für die Berechnung der rechtlich vorgeschriebenen Zeiten (bey denen es auf ein kleines Mehr oder Weniger minder, als auf Sicherheit gleichmäßiger Anwendung der gewählten Zeiten in den einzelnen Fällen ankommt) höchst zweckmäßig verfügt, daß auf keine kleineren Zeittheile, als Tage (dies civiles §. 74), als die kleinsten Abschnitte, die der Kalender, dieses allgemein zugängliche Hülfsmittel der Berechnung, verzeichnet, Rücksicht genommen, der Tag als ein Untheilbares betrachtet werden soll. Die Folge davon ist, daß nur nach dem Anfangstag, nicht nach der Stunde 2c. einer Thatsache gefragt wird, und der Zeitraum aus einer Summe von ganzen Tagen, nicht von Stunden 2c. besteht. Dieses ad dies numerare heißt die juristische Berechnung, Civilcomputation[b]). Ihre Anwendung kann

---

Kalender zu sehen, und unter einem Monat die Zeit z. B. vom 12. Februar bis 12. März zu verstehen.

a) Koch, Belehrungen über die Mündigkeit zum Testiren 2c. 1796. Hagemeister, über d. Münd. z. Test. (1798), Civil. Magazin III. 1. Koch, Bestätigung der Bel. 2c. 1798. Erb, über den annus civilis der Usucapion (1814), Civil. Mag. V. 8. v. Löhr, noch einige Worte über civ. comp. (1828), Archiv für civ. Pr. XI. 18. Unterholzner, Verjährungsl. (1828) I. §. 90. Reinfelder, der annus civilis des R. R. 1829. Savigny (1841) §. 182—188. Puchta, Cursus der Instit. II. §. 199. Bachofen, zur L. von d. civ. Berechnung der Zeit (1842), Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XVIII. 2. 11.

b) Die Berücksichtigung kleinerer Zeittheile heißt ad momenta numerare, a momento ad momentum computare, bei den Neueren Naturalcomputation. Diese kommt im R. R. nur in einem einzigen Fall vor (und auch hier nur annäherungsweise). L. 3 §. 3 D. de minor. (4, 4): minorem autem XXV annis natu viden-

einen Zeitraum, gegenüber der Berechnung ad momenta, verkürzen und verlängern, nach folgender Unterscheidung: 1) Wenn durch die Dauer eines Zustands eine gewisse Zeit hindurch (so des Lebens, des Besitzes) ein Recht erworben werden soll, so braucht der letzte der Tage, aus denen der Zeitraum besteht, nur angefangen zu haben (der Zeitraum braucht nur erfüllt, nicht überschritten zu seyn, dies coeptus aber habetur pro completo); der letzte Tag bestimmt sich dadurch, daß der Tag, in den der Anfang des Zustands fällt, gleich als der erste gerechnet wird[c]). 2) Wenn die Zeit für den Verlust eines Rechts

dum, an etiam diem natalis sui adhuc dicimus ante horam, qua natus est, ut, si captus sit, restituatur, et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. Proinde et si bisexto natus est sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre, nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies Kalendarum intercalatur. Sie darf auf keine Weise für die regelmäßige gehalten werden, diesen Charakter hat vielmehr die Civilcomputation. Etwas singuläres dagegen ist die computatio ad annos, die in L. 8 D. de munerib. (50, 4) — nicht aber in L. 5. 8. 22 D. de annuis leg. (33, 1) vorkommt.

c) L. 134 D. de V. S. (50, 16): Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus (Paul.). L. 6. 7 D. de usurp. (41, 3): In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Ideoque qui hora sexta diei calendarum ianuariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie calendas ianuarias implet usucapionem (Ulp.). L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3): In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus (Venul.). L. 1 D. de manum. (40, 1): Placuit eum, qui calendis ianuariis natus, post sextam noctis pridie calendas, quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere. Non enim maiori XX annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari, iam antem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi (Ulp.). L. 5 D. qni testam. (28, 1): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem qnartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem calendis ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus, arbitror, etiam si, pridie calendarum fecerit post sextam horis noctis, valere testamentum, iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur (Ulp.). Diese letzte Stelle ist entscheidend gegen die Ansicht Savigny's, wonach der letzte Tag der sein soll, in den der Schlußpunkt nach der Naturalcomputation fiele, und die er besonders auf ein Citat des Gellius als einem früheren Autor (Gell. III. 2) gründet, eine Stelle, die sehr wohl eine andere Erklärung zuläßt: Q. quoque Mucium I. C. dicere solitum legi, lege non isse usurpatum mulierem, quae Kalendis ianuariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kalendas ian. sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium,

durch Versäumniß gesetzt ist, so muß der letzte Tag ganz abgelaufen, der Zeitraum also überschritten seyn, denn erst dann kann man sagen, die Handlung sey auch an dem letzten Tag versäumt[d]); der letzte Tag aber müßte der Natur der Sache nach dadurch bestimmt werden, daß erst der Tag nach dem, in welchen der Anfangsmoment fällt, als der erste Tag des Versäumnisses gerechnet würde[e]). — Der Schalttag wird bey der Civilcomputation nicht als Zeit in Anschlag gebracht[f]).

2. Utile tempus[a]).

§. 76.

Die Berechnung eines Zeitraums geschieht regelmäßig so, daß, wenn der Anfangspunkt einmal eingetreten ist, alle Tage gerechuet

quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabnlis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qni inciperet ex Kalendis.

d) L. 6 D. de O. et A. (44, 7): In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. L. 1 §. 9 D. de succ. ed. (38, 9): Quod dicimus, intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo b. p. peti possit, quaemadmodum intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sunt. Idem est et si in diebus centum dicatur (Ulp.). L. 30 §. 1 D. ad L. Iul. de adult. (48, 5): Sexaginta dies a divortio numerantur, in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est (Paul.). (Ist die nämliche Frist für den Einen Erwerbs-, für den Anderen Versäumnißfrist, wie z. B. die Frist für die usucapio und usurpatio, so gilt für Jenen die Berechnung sub 1: L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. [44, 3], für Diesen die snb 2: L. 6. 7 D. de usurp. [41, 3], Gell. III. 2 [Note c]. So: Huschke in d. Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. II. S. 171 [1846]. Dagegen aber Vangerow 7. Aufl. §. 196 S. 337 und jetzt Krüger, Beitrag zur Lehre von der Civilcomputation, Krit. Versuche 1870. S. 63 f., welcher geltend macht, daß die L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3) aus Venuleius, lib. quinto interdictorum stammt, folglich auf das interdictum utrubi ging und erst von den Compilatoren durch Interpolation auf die Usucapion bezogen worden ist. Vgl. Rudorff, de iurisdictione edictum §. 268 n. 1. 6. Damit schwindet zugleich für die Usucapion die Berechnungsweise, welche die gesetzliche Frist um einen Tag abkürzt. R.)

e) Entschieden rechnet so Paulus L. 101 D. de R. I. (§. 74 Note d), zweifelhaft sind die beiden letzten Stellen der vorigen Note, eine andere Rechnung enthält L. 1 §. 5. 12 D. quando appell. (49, 4). (Vgl. Böcking, Pand. §. 121 Note 18. R.)

f) §. 74 Note c. L. 2 D. de div. temp. praescr. (44, 3): In tempore constituto iudicatis an intercalaris dies proficere iudicato nec ne debeat, quaeritur, item de tempore, quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones. (S) et si quis fundum ita vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori; mihi contra videtur (Marcell.).

a) Die erste genaue und erschöpfende Darstellung dieser Lehre hat gegeben Savigny §. 189—191.

werden, der Zeitraum also aus aneinander hängenden Theilen besteht; dieß heißt continuum tempus. Diese Regel hat keine Ausnahme bey den Zeiten, durch deren Ablauf ein Recht erworben werden soll. Sie gilt auch für die Zeiträume, bey denen es auf einen Verlust durch Versäumniß abgesehen ist. Hier aber kommt ausnahmsweise die Vorschrift vor, daß bey der Berechnung gewisse Tage, nämlich die, an denen die versäumte Handlung dem Berechtigten unmöglich war, außer Ansatz bleiben sollen, die dann also die Frist, mit der strengen Berechnung verglichen, erweitern; dieß heißt utile tempus, dies utiles. Die Hindernisse, welche den Ausfall eines Tags bewirken, können liegen 1) in dem Charakter der vorzunehmenden Handlung selbst, welcher deren Vornahme an diesem Tag unmöglich macht[b]); 2) in der Nothwendigkeit der Anwesenheit einer anderen Person[c]); 3) in dem Handelnden selbst: Abwesenheit, Krankheit, sofern nicht ein Stellvertreter möglich war[d]). Alle Fälle, in denen diese besondere Berechnung vorgeschrieben ist, haben das mit einander gemein, daß es sich bey ihnen um die Versäumung gerichtlicher Handlungen und um eine durch einen Rechtssatz vorgeschriebene Zeit von höchstens einem Jahr handelt.

D. Unvordenkliche Zeit[a]).

§. 77.

Ein Recht wird darum als erworben betrachtet, weil es so lange ausgeübt worden ist, daß der Anfang dieser Ausübung über Menschen

---

b) L. 2 §. 1 D. quis ordo (38, 15): Dies bonorum possessionis utiles esse, palam est, sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit possessio, quae de plano peti potuit. Quid si ea quae causae cognitionem pro tribunali desiderat vel quae decretum exposcit? sessiones erunt nobis computandae. — Ibid. L. 1 §. 2 in f. D. de div. temp. praescr. (44, 3).

c) L. 1 cit.: — experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat. — L. 1 §. 7—10 D. quando appell. (49, 4).

d) L. 1 D. de div. temp. pr. Nicht aber persönliche Rechtszustände, wie Alter, Wahnsinn ꝛc. Savigny §. 190. Die Berücksichtigung der Unkenntniß ist in mehreren Fällen mit dem utile tempus verbunden. L. 2 pr. D. quis ordo (38,15). L. 6 D. de calumn. (3, 6): Annus autem in personam quidem eius, qui dedit pecuniam, ne secum ageretur, ex eo tempore cedit, ex quo dedit, si modo potestas ei fieret experiundi. In illius vero personam, cum quo ut agatur, alius pecuniam dedit, dubitari potest, utrum ex die datae pecuniae numerari debeat, an potius ex quo cognovit datam esse, quia qui noscit, is videtur experiundi potestatem non habere. Et verius est, ex eo annum numerari, ex quo cognovit. Vgl. L. 8 D. de his qui not. (3,2). Diese Verbindung aber ist nicht für wesentlich und durchgängig zu halten.

a) Unterholzner, Verjährungsl. (1828) I. §. 140—150. Pfeiffer, prakt. Ausführungen II. 1 (1828). Schelling, die Lehre von der unvord. Zeit 1835. Arndts,

Gedenken hinausliegt[b]); dieß heißt im römischen Recht vetustas, bey den Neueren praescriptio immemorialis, indefinita, unvordenkliche Verjährung. Sie findet da Anwendung, wo nicht eine bestimmte Zeit für jene Wirkung festgesetzt ist[c]), ihre Einführung beruht auf der Erwägung, daß bey einem Zustand, dessen Ursprung durch die Länge der Zeit verborgen ist, auch die Rechtmäßigkeit des Ursprungs kein Gegenstand des Beweises seyn kann, daß aber dem natürlichen Sinn die lange Dauer Rechte heiligt, geschweige daß sie dadurch schutzlos werden dürften.

Die Unvordenklichkeit setzt voraus, daß 1) niemand existirt, der über den Anfang des fraglichen Zustands aus eigener Anschauung oder von Hörensagen bestimmte Auskunft geben kann, 2) niemand, der von Früherlebenden, denen der Anfang in dieser Art bekannt war, Auskunft darüber gehört hat[d]). Beweis der unvordenklichen Zeit ist eigent-

zur L. v. d. unvord. Verj. Beitr. I. 3. (1837). Buchka, der unvord. Besitz des gem. Civilr. 1841. (Gegen die hier versuchte Ableitung aus dem deutschen Recht vgl. Pfeiffer, in der Zeitschrift für deutsches Recht VIII. 1 [1843]. R.) Savigny, System §. 195—201. A. Schmidt (von Ilmenau), civil. Abhandl. S. 169 ff. (1841). A. Friedländer, die Lehre von der unvord. Zeit (1843).

b) L. 3 §. 4 D. de aqua (43, 20): Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur. L. 1 §. ult., L. 2. 26 D. de aqua pluv. (39, 3), L. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. (43, 7). — c. 26 X. de V. S. (5, 40), c. 1 de praescr. in VI (2, 13). — Aurea bulla VIII. 1. R. A. 1548 §. 56. 1576 §. 105.

c) Savigny a. a. O. Für ihre Anwendung auf Servituten spricht eine constante Praxis. (Sie dürfte sich jedoch bei genauerer Betrachtung, theils auf den falschen allgemeinen Verjährungsbegriff und dessen Eintheilung in praescriptio definita und indefinita §. 93 a. E., theils auf eine Verwechselung der aqua [pluvia] mit der servitus aquae §. 11 Note e zurückführen lassen und daher der erforderlichen ratio [§. 13 Note n. o.] entbehren. — Minder constant ist die Praxis in der Anwendung auf Obligationen. Dagegen ist: Seuffert, Archiv I. 183, und mit Ausnahme derer, welche mit einer Continuität der Ausübung verbunden sind: Seuffert VII. 5. 269. XIII. 127. R.)

d) L. 2 §. 8 D. de aqua pluv. (39, 3): Idem Labeo ait, cum quaeritur, an memoria exstet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factnm, hoc est, si factum esse non abigatur; nec utique necesse esse, superesse, qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint (Paul.). L. 28 D. de probat. (22, 3): Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, hoc opus factum esse. Paulus: immo cum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis exstet nec ne, noc hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit, et hoc ita quod Graeci dicere solent *ἐν πλάτει* enim potest hoc memoria non teneri (lies: *ἐν πλάτει*. potest enim hoc mem. *hominum* teneri oder, nach v. Scheurl's Vorschlag, ohne Umstellung des enim, dagegen mit Wiederholung der griechischen Worte, — oder nach Huschke, Zeitschr. für Civilr. N. F. [1847]. IV. 9 Num. 13: statt enim eteuim. R.) intra annum

lich unmöglich, er wird aber ersetzt durch die Vermuthung, die daraus entsteht, daß die ununterbrochene Dauer dieses Zustands in den letzten zwey Menschenaltern (namentlich durch Zeugen, die das letzte Menschenalter durchlebt haben)[e]) bewiesen ist. Diese Vermuthung wird dadurch zerstört, daß von dem Gegner ein bestimmter Anfang zu irgend einer Zeit nachgewiesen wird[f]).

Viertes Kapitel.

Der Schutz der Rechte.

I. Allgemeines.

A. Verletzung.

§. 78.

Der Punkt, in welchem die Rechte einer Verletzung zugänglich sind, ist ihre Ausübung[a]). Verletzung eines Rechts ist Hinderung oder

(Huschke: memoria teneri, nonum intra annnm. R.) puta factum, cnm interim nemo sit eorum (Huschke: coram. R.) qui meminerit, quibus consulibus id viderit. Sed cum omnium hacc est (esset) opinio, nec audisse, nec vidisse (Huschke: nec vidisse se nec audisse. R.), eum id opus fierit, neque ex iis audisse, qui vidissent aut audissent, et hoc infinite similiter sursnm versum accidet, cum (lies: tum) memoria operis facti non exstaret (Labeo lib. VII pithanon a Paulo epitomat.). (Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. Neue Folge IV. 9 Num. 13 S. 301 f. [1847]. R.)

e) Pufendorf observ. I. 151. Andere Beweismittel Strube, Bedenken IV. 1. Pufendorf II. 55. Pfeiffer a. a. O. §. 15.

f) Note d. Zwey extreme Meinungen sind zu verwerfen: 1) daß der Gegenbeweis auf einen Anfang innerhalb der zwey letzten Menschenalter gerichtet seyn müsse, wodurch das ganze Institut in eine Ersitzung von 80 Jahren umgewandelt werden würde, 2) daß der Gegenbeweis geführt sey durch die Nachweisung, daß irgend einmal ein anderer Zustand existirt, d. h. also, daß der gegenwärtige einen Anfang gehabt habe, wodurch, da dieß ohnehin gewiß ist, das ganze Institut aufgehoben werden würde. — Der Streit, den man darüber geführt hat, ob die Wirkung der unvordenklichen Zeit selbst als Vermuthung oder als Ersitzung aufzufassen sey, ist insofern unnütz, als die Fragen, um deren richtiger Beantwortung willen man geglaubt hat, das erste Princip annehmen zu müssen, sich vollkommen richtig auch aus dem zweiten beantworten lassen. (Die neueren Civilgesetzbücher verwerfen die Rechtsvermuthung gänzlich. R.)

a) (Der Verfasser läßt unerörtert, daß schon das bloße Bestreiten des Rechts ohne materielle Störung der Ausübung einen krankhaften Uebergangszustand herbeiführt, welcher durch die prozessualische Entscheidung über die Existenz oder

Störung seiner Ausübung, jenes läßt sich als totale, dieses als partielle Verletzung bezeichnen. Ausübung eines Rechts aber ist überhaupt jede Handlung, zu welcher es die Befugniß giebt, die volle Ausübung besteht in der factischen Ausführung der rechtlichen Unterwerfung, die den Charakter des Rechts ausmacht. Es giebt Rechte, die in dem Augenblick ihrer vollen Ausübung sich verzehren, andere haben eine dauernde Ausübung. Recht und Ausübung ist zuweilen so eng verbunden, daß die letztere nur dem Berechtigten selbst in eigner Person zusteht, bey den meisten Rechten ist eine Ausübung durch Stellvertreter möglich, bey manchen kann nur die Ausübung, nicht das Recht selbst übertragen werden.

B. Sicherung.

§. 79.

Die Möglichkeit einer Verletzung führt auf Cautionen, d. h. Acte, wodurch die künftige Verletzung eines Rechts entweder verhütet, oder für den Fall ihres Eintritts die Wiederherstellung gesichert werden soll. Die Acte sind entweder Privatrechtsgeschäfte (eigentliche Cautionen), oder richterliche Verfügungen (missio in possessionem, Arrest, Sequestration)[a]).

Die Cautionen können den Zweck haben, 1) die Existenz, namentlich die Gewißheit, theils überhaupt, theils in Beziehung auf den Umfang und Betrag, und die Klagbarkeit des Anspruchs oder auch eine vortheilhaftere Klage dem Berechtigten zu sichern und herzustellen; dazu genügt ein bloßer Vertrag mit dem Verpflichteten, repromissio, Verbalcaution, etwa mit Hinzukommen einer den Beweis erleichternden schriftlichen Abfassung (cautio in diesem Sinn)[a*]), 2) die Erfüllung einer Verbindlichkeit durch Einwirkung auf das Gewissen des Verpflichteten zu sichern, unter Umständen auch die Anfechtung des Geschäfts auszuschließen; dieß ist das Ziel der Bestärkung eines Ver-

---

Nichtexistenz des controversen Rechts eben so wohl beseitigt werden muß, wie die Verletzung durch die Entschädigung oder Buße ausgeglichen wird. Aus diesem Gesichtspunkte waren schon im prätorischen Edict und sind noch in den Digesten die Vindicationen mit den Entschädigungs- und Strafklagen des Eigenthümers zusammengestellt. Vgl. Rudorff, de iurisdictione edictum (1869) p. 70—83. R.)

a) (Muther, Sequestration und Arrest im römischen Recht. 1856. R.)

a*) Solche Cautionen sind cautio damni infecti, die Festsetzung einer Conventionalstrafe, die einstweilige vertragsmäßige Aestimation eines künftig etwa zu leistenden Werths (aestimatio taxationis gratia), die Wahl einer Contractsform, mit welcher processualische Vortheile für den Gläubiger verknüpft sind, wie es nach römischem Recht bey der Stipulation, als Erzeugerin einer stricti iuris actio, der Fall war.

sprechens durch Eid, der juratorischen Caution, 3) die Realisirung des Anspruchs gegenüber einem Unvermögen des Verpflichteten oder sonstigen Hindernissen zu garantiren, wofür weder die Verbal- noch die juratorische Caution ausreicht; darin besteht die Natur der Realcaution, durch welche der Verletzung entweder vorgebeugt (z. B. Sequestration), oder für den Fall ihres Eintritts neben den Rechtsmitteln gegen den Verpflichteten noch ein anderer Anspruch, sey es gegen eine andere Person (Caution durch Bürgen, cautio fideiussoria, satisdatio), oder an eine Sache (Caution durch Pfand, cautio pignoraticia) zum Zweck der Befriedigung gegeben wird.

Die Verpflichtung, eine Caution zu bestellen, kann durch Privatwillen (Vertrag oder testamentarische Verfügung), oder durch Rechtsvorschrift entstehen, darauf bezieht sich die Eintheilung in c. voluntariae und necessariae. Die cautiones necessariae[b]) sind meistens Realcautionen (durch Bürgen oder Pfand)[c]), ein Zweifel darüber ist vor allem nach dem Zweck der Caution zu entscheiden; bringt dies die Sache nicht zur Gewißheit, so ist allerdings Verbalcaution als das minimum anzunehmen[d]). Bey cautiones voluntariae geht die Intention regelmäßig auf eine reelle Sicherung, doch ist bey testamentarischen im Zweifel Verbalcaution (als das minimum) anzunehmen[e]). Die Verbindlichkeit zu einer Realcaution (voluntaria und necessaria) wird nur durch Stellung einer rechtsbeständigen erfüllt[f]), eine nicht hinrei-

---

b) Dig. XLVI. 5: de stipulationibus praetoriis. XXXVI. 3. XLVI. 6–8. II. 8: qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur. Die Fälle sind theils processualische, theils civilrechtliche; die letzteren werden an den einzelnen Orten erwähnt werden. (Vgl. Schlayer, von den Cautionen im Civilprocesse in Linde's Zeitschrift. N. F. IX. 1. 7. 10. Schirmer, über die prätorischen Judicialstipulationen, mit besonderer Berücksichtigung der cautio iudicatum solvi, eine rechtshistorische Abhandlung. 1853. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1856 §. 1. 2. R.)

c) L. 1 §. 5 D. de stip. praet. (46, 5).

d) Vgl. §. 66 Note w. Bey cautiones necessariae brauchen Fiscus und respublicae statt der Realcaution nur Verbalcaution zu leisten. L. 1 §. 18, L. 6 §. 1 D. ut leg. serv. (36, 3), L. 3 §. 5 D. si cui plus (35, 3), vgl. L. 2 §. 1 D. de fundo dot. (23, 5). Bey processualischen Cautionen sind zur juratorischen statt Realcaution zugelassen personae illustres und gewisse andere Beamte. L. 17 pr. C. de dignit. (12, 1), L. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. (12, 19), L. 3 §. 3 C. de privil. schol. (12, 30), ferner Personen, die keine Realcaution aufzubringen vermögen, Nov. 112 c. 2, vgl. jedoch L. 7 §. 2 D. qui satisd. cog. (2, 3), endlich Besitzer (zu Eigenthum oder Emphyteusis) unbeweglicher Güter. L. 15 eod., L. 26 C. de episc. aud. (1, 4), L. 4 §. 1 C. de sportul. (3, 2), L. 12 pr. C. de prox. sacr. scriu.

e) L. 3 C. de V. S. (6, 38).

f) L. 3 D. de fideiuss. (46, 1), L. 6. 7. pr. 8 §. 3 D. qui satisd. cog. (2, 8), L. 1 D. si quis in ius voc. (2, 5).

chende oder materiell untüchtige (z. B. ein insolventer Bürge) braucht nicht angenommen zu werden, ist sie angenommen, so ist der Verbindlichkeit genügt[g]).

C. Schutz.

§. 80.

Die Möglichkeit der Verletzung macht den Schutz der Rechte, dessen Zweck die Beseitigung der Verletzung ist, zu einem wesentlichen Bedürfniß. Jede Verletzung ist eine Rechtswidrigkeit, daher die Ausübung eines Rechts, wenn sie auch einen Anderen beeinträchtigt, keine Rechtsverletzung ist[a]), indessen braucht diese keine unerlaubte Handlung zu seyn.

Es ist ein Schutz der Rechte durch Eigenmacht denkbar[b]). Eine Handlung ist an sich und abgesehen von besonderen Rechtsvorschriften nicht schon darum widerrechtlich, daß sie unter jenen Begriff fällt, sich als Selbsthülfe darstellt[c]). Eine solche besondere Rechtsvorschrift ist das decretum D. Marci, welches den Gläubiger, der um seiner Befriedigung willen Sachen des Schuldners ohne dessen Willen und ohne den Richter in Besitz nimmt, mit dem Verlust der Forderung bestraft[d]), was auf den Gläubiger, welcher den Schuldner zwingt, ihm Sachen

---

g) L. 3 D. de fideiuss., L. 3 §. 3 D. ut in poss. leg. (36, 4). Nur wenn die Caution nachher durch nicht vorauszusehende Umstände untüchtig wird, kann eine neue verlangt werden. L. 10 §. 1 D. qui satisd. cog. (2, 8), L. 4 D. ut in poss. leg., L. 4 D. de stip. praet. (46, 5).

a) Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam, vgl. L. 55. 151 D. de R. I. (50, 17). In gewissen Verhältnissen treten Billigkeitsrücksichten gegen eine nutzlose, andern schädliche Ausübung ein. L. 38 D. de R. V. (6, 1), L. 1 §. 12, L. 2 §. 5. 9 D. de aqua pluv. (39, 3). Man muß sich aber hüten, daraus die allgemeine Regel: quod mihi prodest, et tibi non nocet, ad id potes compelli, zu ziehen, die in solcher Allgemeinheit ganz falsch und unbrauchbar ist.

b) In dieser Lehre ist ein Streit zweyer Principien: das eine besteht in der apriorischen Erklärung der Selbsthülfe als Unrecht, s. z. B. Linde, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. I. 21 (1828), und die meisten neueren Juristen, das andere stellt den entgegengesetzten Satz an die Spitze, Veniey im Rhein. Mus. VII. 1 (1835). (Vgl. auch Schwartze im Rechtslexicon X. S. 126—145. Eine wesentliche Voraussetzung der Selbsthülfe ist das Bestrittenseyn des Rechts, ohne dieses fällt der Schutz desselben unter den Begriff der Ausübung. R.)

c) L. 29 §. 1 D. ad L. Aquil. (9, 2).

d) L. 13 D. quod metus (4, 2), L. 7 D. ad L. Iul. de vi priv. (48, 7). Criminelle Strafe: Verlust eines Drittheils des Vermögens und Infamie. L. 8 eod. — Vgl. Sartorius, Zeitschr. für Civilr. XX. 1 (welcher das Decret für unanwendbar hält, wenn der Gläubiger die ihm geschuldeten Sachen wegnimmt): Burchardi, Anwendung des s. g. decretum D. Marci bey zweiseit. Obligationen, in Beziehung auf einen Rechtsfall erörtert, Archiv für civ. Pr. XVIII. 16.



zu geben[e]), oder der Sachen eines Dritten zu jenem Zweck[f]), oder der Kinder seines Schuldners sich bemächtigt[g]), ausgedehnt worden ist; ferner das Gesetz, welches den einer in fremdem Besitz befindlichen Sache, auf die er Anspruch macht, sich Bemächtigenden mit dem Verlust seines Anspruchs bedroht[h]). Umgekehrt macht der Umstand, daß sie zum Schutz eines Rechts vorgenommen ist, eine unerlaubte Handlung, namentlich Gewalt, nicht zu einer erlaubten, doch ist eine Gewalt gestattet, wenn sie unter den Begriff der Selbstvertheidigung, d. h. der Abwehr einer versuchten rechtswidrigen Veränderung rechtlicher Zustände fällt[i]).

Aber dieser Schutz durch Eigenmacht ist ein unvollkommener und unzureichender, nicht blos weil er eine nur zufällig auf Seiten des Verletzten liegende Uebermacht voraussetzt, und weil seine allgemeinere Anwendung die Rechtssicherheit gefährden würde, sondern auch weil er überall nicht zum Ziel führt, wo die Rechte bestritten sind, ihr Schutz also eine Entscheidung über ihr Daseyn erheischt[k]). Der sichere, der Natur des Rechts entsprechende und ausreichende Schutz ist der durch das Organ des allgemeinen Willens, die Obrigkeit, den Richter, ertheilte. Für die Geltendmachung der Rechte vor Gericht, und das in Folge derselben eintretende, auf Entscheidung des Rechtsstreits und Beseitigung der Verletzung gerichtete Verfahren besteht eine rechtliche Ordnung, der Civilproceß, der einen besonderen Theil des Rechts bildet[l]). Aber das gerichtliche Verfahren wirkt auf die Rechte selbst

e) L. 12 §. 2 D. quod met. (4, 2).

f) Nov. 52 c. 1.

g) Nov. 134 c. 7.

h) L. 7 C. unde vi (8, 4). — Eine Ausnahme von diesen Verboten macht die Unmöglichkeit richterlicher Hülfe, auch nach den Worten des decr. D. Marci: optimum est, ut, si quas putaste habere petitiones, actionibus experiaris, und nach L. 10 §. 16 D. quae in fraud. cred. (42, 8): Si debitorem meum — consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei id, quod mihi debeatur —. (Gegen die heutige Anwendung der römischen Privatstrafen, Seuffert's Archiv I. 220. X. 5. Dafür: XII. 4. XV. 97. R.)

i) L. 1 §. 27 D. de vi (43, 16): Vim vi repellere licere. — L. 3 §. 9 eod.: — confestim non ex intervallo —.

k) (Vgl. hiergegen Trendelenburg, Naturrecht. 2. Aufl. 1868. S. 133: „Vielmehr beruht der Ursprung des realen Rechts in der Macht des sich selbst erhaltenden sittlichen Ganzen, und daher giebt es auch nur in dem über den Einzelnen stehenden Ganzen einen adäquaten Zwang." R.)

l) (Der heutige gemeine Civilproceß beruht wesentlich auf canonischen und germanischen Rechtselementen, die Verbindung mit den Pandekten ist daher seit Thibaut allgemein als unpassend aufgegeben. — Die römische Gestaltung des Civilprocesses und der Actionen ist übersichtlich dargestellt von Keller, der röm. Civilproceß. Dritte Aufl. 1863. Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II. (1859) §. 1—97; in

ein, und diese prozessualischen Einwirkungen fallen in den Bereich des Civilrechts. Sie bestehen theils in den mit den Rechten verbundenen Mitteln ihrer Geltendmachung (Klagen und Einreden), theils in den Veränderungen, welche die Rechte durch das erhobene Verfahren selbst, und zwar durch den Eintritt in den Proceß (Litiscontestation), durch die Nothwendigkeit, dem Richter die Ueberzeugung von ihrer Existenz zu verschaffen (Beweis), und durch den Schluß des Verfahrens (Entscheidung, Urtheil) erleiden.

II. Von Klagen und Einreden[a]).

A. Begriff und Entstehung der Klagen.

§. 81.

Klage, actio, das Mittel, ein Recht gegen einen Anderen vor Gericht selbstständig zu verfolgen, ist im processualischen Sinn eine Proceßhandlung, in welcher der sein Recht Verfolgende (Kläger, actor) die factischen und rechtlichen Grundlagen desselben darstellt, seinen Anspruch gegen seinen Gegner (Beklagten, reus) daraus ableitet, und ihn als Gesuch an den Richter (petitum) formulirt. Im materiellen

---

voller Ausführung in dem grundlegenden Werk von Bethmann-Hollweg, der Civilproceß des gem. Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Band I—III: der römische Civilproceß. 1. Legis Actiones 1864. 2. Formulae 1865. 3. Cognitiones 1866. Band IV: Der germanisch-romanische Civilproceß im Mittelalter vom 5.—8. Jahrhundert. 1868. — Specieller und auf anderer Grundlage: Der Justinianische Libellproceß. Ein Beitrag zur Geschichte und Kritik des ord. Civil-Processes von Dr. Karl Wieding 1865. — Zur Geschichte der Reception: Beiträge zur Literatur-Geschichte des Civilprocesses v. Dr. J. de Wal. Aus den Bijdragen voor Rechtsgeleerdheit en Wetgeving übersetzt v. Dr. R. Stintzing, 1866, Stintzing, Gesch. der populären Litteratur. 1861. R.)

a) Inst. IV. 6 sqq. D. XLIII. 1. XLIV. 1. 7. Cod. IV. 10. VIII. 1. 36. Savigny, System Bd. V. (Hasse der Jüngere, über das Wesen der actio, Rhein. Mus. VI. 1. 6). — J. H. Böhmer, doctrina de actionib. ad praxin hod. accomm. 1710 u. öfter. W. H. Puchta, über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer, 1833. 2. Aufl. 1840. (Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts. 1856. Pand. §. 43—48. §. 100—112. §. 193—199. §. 217. §. 235 versucht das römische System der vermeintlich „selbstständigen" Actionen durch ein System der „Ansprüche" und „eigentlichen Klagrechte" (im Fall des Widerstreits) zu ersetzen. Dagegen Muther, zur Lehre von der röm. Actio 1857 und wiederum Windscheid, die Actio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther. 1857. Vgl. Zimmermann in der Heidelb. krit. Zeitschr. V. S. 461 f. Kuntze in Schletter's Jahrb. V. S. 1 f. Unger II. §. 108. 109. 113. Arndts §. 96 Anm. 3. In der That enthält die römische Actio nicht nur das Klagrecht, sondern auch den Anspruch selbst: die intentio ist ihr nothwendiges Fundament. Einen neueren Versuch, das allgemeine Actionenrecht auf seine ratio-

Sinn, welcher der hier zur Sprache kommende ist, wird so die Möglichkeit dieses Acts, das Klagerecht, genannt. In diesem Sinn ist die Klage das Annexum eines Rechts, ein Zusatz zu seinem Inhalt (nicht, wie manche geglaubt haben, ein Recht für sich); daher ist sie schon vor ihrer wirklichen Anstellung vorhanden, ja man kann ihr Daseyn im allgemeinen von dem Daseyn des Rechts, aus dem sie entspringt, datiren[b]). Man hat bey der Klage im materiellen Sinn drey Momente wohl zu unterscheiden: 1) den Grund der Klage, so heißt das Recht, mit dem sie verknüpft ist und das mit ihr geltend gemacht wird, 2) die Veranlassung, welche in der Verletzung jenes Rechts durch den Beklagten besteht, erst damit ist die Klage entstanden im eigentlichen Sinn (actio nata), 3) den Gegenstand der Klage, der im allgemeinen die Beseitigung der Verletzung und thätige Anerkennung des Rechts ist, und nach Beschaffenheit der Klage einen besonderen Charakter

---

nellen Principien unter Ausscheidung der römischen Grundlagen zurückzuführen, enthält die Schrift von F. L. Prinz: das allgemeine Actionenrecht oder die Lehre vom Anspruche auf der gesetzlichen Unterlage des gemeinen und preußischen Rechtes dogmatisch entwickelt und als leitendes Princip für jede Prozeßgesetzgebung begründet (1870), in welcher der Gegensatz „positiver" und „negativer" Klagen an die Spitze gestellt wird. R.)

b) (Dagegen einerseits Böcking, Pand. I. §. 131 Note 1: „die Kage, actio, ist im subjektiven Sinn, als Klagrecht, das Recht selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit sich geltend zu machen; im objektiven Sinn als Klaganstellung, Klagung, ist sie das Mittel zu jenem Zweck." Allein jener „Zusatz zu seinem Inhalt" ist nicht nothwendig ein äußerlicher, actueller: als solcher erscheint er erst in der Schutzhandlung; schon in dem Klaggrunde ist er potentiell enthalten. — Windscheid a. a. O. §. 1: „die Actio ist anstatt des Rechts, nicht ein Ausfluß des Rechts, aber dessen Ausdruck." Abwehr §. 1 „die Actio hat weder eine Rechtsverletzung zur Voraussetzung, noch liegt in ihrem Begriff, daß mit ihr ein Recht geltend gemacht werde." Dagegen „heutzutage verstehen wir unter Klage dasjenige Recht, welches uns aus erlittenem Unrecht erwächst." — Andererseits Muther a. a. O. §. 11—13. „Actio ist das Recht auf Ertheilung einer Formel. Der Verpflichtete in diesem Recht ist der Prätor als Träger der Justizhoheit des Staats, welcher seinerseits wieder gegen den Verletzer ein Recht auf Aufhebung der Verletzung hat, beide Rechte sind publicistischer Natur." Nach dieser letztern Auffassung würde so wenig der Ausgangspunkt des Begriffs, die Legis Actio, als die neuste Gestalt, die extraordinaria persecutio unter den Begriff fallen. Die erstere Formulirung Windscheid's leidet an einer Unklarheit, welche in der mehrfachen Bedeutung sowohl der römischen als der gewählten deutschen Bezeichnung ihren Grund hat. Actio und Anspruch können 1) Klaggrund, 2) Klagrecht, 3) Klagact bedeuten. Im ersten Sinn würden sie das durch die Rechtsordnung gewährte, unbestrittene, subjective Recht bezeichnen. In der zweiten Bedeutung den dem bestrittenen oder verletzten Recht gewährten bedingten prozessualischen Schutz. In der dritten die aggressive oder defensive prozeßualische Schutzhandlung selbst, durch welche dieses Schutzrecht geltend gemacht wird. Es erhellt hieraus, 1) daß die actio (Num. 2)

erhält, wie sich denn auch noch Nebenzwecke damit verbinden können[c]). Die Voraussetzung einer Klage ist regelmäßig nur die Existenz ihres Grundes, und ihre Veranlassung, ausnahmsweise giebt es Klagen, die überdieß voraussetzen, daß dem Kläger kein anderes Rechtsmittel zu Gebote steht[d]).

B. Arten der Klagen*).

1. Nach ihrem historischen Verhältniß.

§. 82.

Die Klagen sind entweder civiles (legitimae, ex lege) oder honorariae (praetoriae, aediliciae) actiones, jenachdem sie durch eine Rechtsquelle des ius civile, oder durch die magistratischen Edicte gegeben sind[a]). Viele Klagen, die ursprünglich eine beschränktere Sphäre der Anwendung hatten, sind später auf andere Fälle ausgedehnt worden; die Klage heißt dann dort directa, hier utilis[b]).

---

als ein krankhafter vorübergehender Zustand des subjectiven Rechts allerdings eine Rechtsverletzung oder doch eine Bestreitung zur Voraussetzung hat, 2) daß die Geltendmachung eines Rechts (Num. 1) in der That in ihrem Begriff enthalten ist: ob freilich mit oder ohne Erfolg, ergiebt erst das Endurtheil und dessen Ausführung, als die Krisis, durch welche der gesunde Rechtszustand wieder hergestellt wird, vgl. Prinz a. a. O. S. 5, 3) daß die Actio allerdings ein Annex und eine staatliche Anerkennung des Rechts und ohne ein solches nicht denkbar ist. — Auf dasselbe Resultat führt die geschichtliche Entwicklung des Klagenbegriffs. Legis actio bedeutete 1) eine Rechtshandlung a) um ein Recht zu erwerben oder zu veräußern, b) um es zu schützen; 2) die Befugniß zu beiden, m. a. W. die Klagbarkeit. Diese hatte im römischen Recht engere Grenzen als das verletzte oder bestrittene Recht, im heutigen Recht dagegen hat sie weitere, denn bey dem hypothetischen Charakter der actio genügt schon die Rechtsbehauptung; ob sie begründet ist oder nicht, findet sich erst am Ende des Rechtsstreits. Das Klagrecht hat mithin noch heute ein von dem Rechte selbst (dem Klaggrunde) unabhängiges Daseyn. R.)

c) S. L. 13 C. de usurp. (4, 32), L. 4 C. depos. (4, 34), L. 3 C. de fructib. et litium expensis (7, 51).

d) So z. B. L. 1 §. 4 sqq., L. 2—7 D. de dolo m. (4, 3), L. 14 §. 13 D. quod. met. (4, 2). Vgl. K. A. Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des R. R. 1934. (Die Subsidiarität der actio funeraria bestreitet C. Dietzel, de funeraria actione 1853. R.)

*) (Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. §. 84—97. — Arbor actionum, iterum edita, illustrata ab Aloysio Brinz 1854. R.)

a) L. 25 §. 2 D. de O. et A. (44, 17). (Die Ansprüche aus dem neueren Civilrechte heißen extraordinariae persecutiones oder cognitiones im materiellen Sinn, L. 17 D. de R. C. (12, 1), L. 10, L. 178 §. 2. 3 D. de V. S. (50, 16) vgl. §. 83a. §. 85. R.)

b) S. z. B. L. 17 §. 3 D. de usufr. (7, 1): — utilem actionem exemplo Aquiliae. — L. 19 pr. D. de instit. (14, 3): — utilis ad exemplum institoriae dabitur actio. —

2. Nach dem Klagegrund.

§. 83.

Obligationen können nur gegen eine durch das Rechtsverhältniß selbst schon gegebene Person (den Schuldner) geltend gemacht werden, und es läßt sich auch in der Klage das Recht nicht ausdrücken, ohne die Person des Beklagten zu nennen; die Klagen aus Obligationen heißen daher persönliche, personales, in personam actiones. Bei allen anderen Rechten ist der Beklagte nicht schon durch das Rechtsverhältniß gegeben, er bestimmt sich durch die Verletzung, die hier nicht blos einer bestimmten Person möglich ist; diese Klagen heißen dingliche, in rem actiones [a]). Manche ihrem Grund nach persönliche

a) L. 25 pr. D. de O. et A. (44, 7): Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus enndem locum habet. L. 178 §. 2 D. de V. S. (50, 16): Actionis verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio, sed plerumque actiones personales dicere solemus, petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. Persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem. §. 1 I. de action. (4, 6). Ueber den Umfang dieser Eintheilung vgl. Savigny §. 206. 207, gegen Duroi, Bemerkungen über a. in rem etc. Archiv für civ. Pr. VI. 14. 18 (1823). (Savigny V. S. 16 bestreitet, daß bei der actio in personam die Verletzung der obligatio vorangehen müsse, weil bei Delictsklagen Verletzung und Entstehung der obligatio zusammenfielen. Dieß ist nur richtig für das Klagrecht im materiellen Sinn; die actuelle actio setzt dagegen die Delictsobligation als bereits entstanden voraus. Umgekehrt behauptet er S. 24—28 bei einigen Vindicationen eine Beschränkung auf bestimmte einzelne Personen. Diese hat jedoch ihren Grund vielmehr in dem Mangel der Verletzung (L. 9 D. de her. pet. [5, 3], L. 10 §. 22 D. quae in fr. [42, 8], §. 6 I. de act. (4, 6) oder in dem Untergang des Objects (L. 30 C. de iure dot. [5, 12] unten §. 142 f. R.) Die Bemerkung, daß quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam, in §. 20 I. de action. (4, 6), hat einen rein historischen Sinn, Puchta, Cursus d. Inst. II. §. 167 Note i. (Vgl. jedoch Puchta, Vorlesungen §. 83 Anm. 3 der 4. Ausgabe. R.) — Die in rem actiones sind entweder de universitate, aus einem Recht an einem Vermögen als Ganzen, oder speciales, aus einem Recht an einzelnen Gegenständen. L. 1 pr. §. 1 D. de R. V. (6, 1). Der letzte Ausdruck wird auch für persönliche Klagen gebraucht, im Gegensatz zu generales aus Obligationen, die wesentlich einen Compler von Verbindlichkeiten enthalten L. 38 pr. D. pro soc. (17, 2). Noch in einem etwas verschiedenen Sinn werden die Ausdrücke gebraucht L. 1 §. 17 D. de aqua pluv. (39, 3). (Vgl. noch im Allgemeinen Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II. §. 35 [1859], Bekker, über die actiones in rem im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts IV. 6 [1860]. R.)

Klagen haben den Charakter der dinglichen erhalten, daß sie nicht auf einen bestimmten Beklagten beschränkt sind, sondern daß die Eigenschaft, Beklagter zu seyn, an einen dem Wechsel unterworfenen Grund (Besitz, Eigenthum einer Sache) geknüpft ist[b]).

Auf die Natur der persönlichen Klage hat es einen bedeutenden Einfluß, ob die Obligation, aus der sie entspringt, durch ein Rechtsgeschäft oder ähnliches Verhältniß, oder durch ein Delict oder einen gleichgestellten Grund entstanden ist. Jene Klage, sofern sie eine civilis actio ist, und ihren letzten Grund darin hat, daß aus dem Vermögen des Klägers etwas in das des Beklagten übergegangen ist, oder als übergegangen behandelt wird[c]), heißt condictio (im engeren Sinn, wenn sie auf ein Bestimmtes geht, §. 84); ihr steht eine Anzahl von (Nichtdelicts-) Klagen gegenüber aus obligatorischen Verhältnissen, deren Natur eine freiere Stellung und Macht des sie beurtheilenden Richters erheischt, diese Klagen heißen bonae fidei actiones, im Gegensatz dazu die Condictionen stricti iuris oder stricti iudicii actiones[d]). Auch bey manchen anderen Klagen entstand das Bedürfniß, dem Richter die freiere Macht, die er bey den b. f. actiones hatte, einzuräumen. Dieß geschah durch einen Zusatz in der Formel, der die Klage zur actio arbitraria machte[e]).

Die bonae fidei actiones aus solchen Verhältnissen, in denen sich zunächst nur eine der beiden Parteien als Schuldner darstellt, werden auch diesem wegen einer Gegenforderung aus demselben Ver-

---

b) Actio quod metus causa, Klagen auf Exhibition, interdictum quod vi aut clam, int. quem in locum nuntiatum est, aquae pluviae arcendae actio, Noralklagen, interdictum quod legatorum. Man braucht dafür den Ausdruck actiones in rem scriptae, der nur für die actio quod metus vorkommt. L. 9 §. 8 D. quod metus (4, 2), vgl. L. 4 §. 33 D. de exc. doli (44, 4), und auch nur für diese paßt, wie A. Schmidt (von Ilmenau), Civil. Abhandl. I. 1 (1841) gut gezeigt hat.

c) (So nach Savigny's Theorie der Condictionen. Allein nicht alle Condictionen sind Wiederrufsklagen (repetitiones), es giebt auch Condictionen zum Zweck des Erwerbs (petitiones) z. B. L. 24 D. de R. C. (12, 1) oder zum Zweck der Erhaltung des Erworbenen, z. B. L. 1 §. 1, L. 2 D. de cond. trit. (13, 3), L. 9 pr. D. de R. C. (12, 1), L. un. D. de cond. et lege (13, 1): Diese können nur gezwungen auf eine Fiction des Uebergangs zurückgeführt werden. Vgl. Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II. S. 144. Bethmann-Hollweg, Civilproceß II. S. 271 Note 63. R.)

d) §. 28 I. de action. (4, 6). Ueber diese Eintheilung, deren unmittelbar praktische Wichtigkeit weggefallen ist, s. Savigny V. Beil. XIII.: stricti iuris, bonae fidei actiones. XIV.: die Condictionen. Puchta, Cursus d. Inst. II. §. 165.

e) Puchta, a. a. O. §. 166. (Savigny §. 221 – 223. Wächter, Erörter. II. 9. Vollständig ist die Gleichstellung übrigens nicht: der richterliche Befehl, den Kläger zu befriedigen (arbitratus), kommt nicht in allen b. f. actiones vor. R.)

hältniß gegeben, sie heißen dann contrariae actiones, während die der eigentlichen Gläubiger directae heißen (§. 232).

(Einige bonae fidei actiones sind zugleich Delictsklagen wegen Treubruchs in Vertrauensverhältnissen (perfidia), sie haben Infamie zur Folge und sind deshalb auf der Schuldseite, zum Theil sogar auf der Forderungsseite unvererblich. Dies sind die iudicia turpia de fide mala oder rupta: pro socio, tutelae (rationibus distrahendis), mandati, depositi. Im prätorischen Recht sind sie jedoch durch Contractsklagen verstärkt, welche bis auf einen gewissen Grad auch gegen die Erben gegeben werden[f]).

Eine besondere Classe von Klagen mit freiem Ermessen des Richters bilden die actiones in bonum et aequum conceptae, welche sowohl aus Geschäften als Delicten entspringen[g]). R.)

3. Nach dem Gegenstand.

§. 84.

Der Gegenstand der Klagen bestimmt sich im allgemeinen als Condemnation des Beklagten, die der Kläger fordert, nur wenige Klagen machen eine Ausnahme, bey denen der Kläger nur die Anerkennung eines Verhältnisses durch den Richter ohne Condemnation verlangt, sie heißen praeiudiciales actiones[a]). Die Condemnation besteht in dem Ausspruch des Richters, daß der Beklagte etwas zu thun oder zu unterlassen schuldig sey, diesen Ausspruch fordert der Kläger in dem Petitum der Klage; bey persönlichen Klagen enthält er nichts anderes, weil in jenen Worten schon der Grund der Klage anerkannt ist, bey dinglichen dagegen geht eine besondere Anerkennung des Rechts, welches den Grund der Klage bildet, voraus (z. B. daß Klägern das Eigenthum an dem bezeichneten Pferde zuständig, Beklagter daher dieses Pferd herauszugeben schuldig ꝛc.).

In Beziehung auf den Einfluß, den der Gegenstand auf das Vermögen des Klägers hat, sind die Klagen entweder bestimmt, den Um-

f) (Jhering, das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. 1867. S. 28—37. Rudorff, edictum perp. §. 110. 112. 113. 130. 131. Der Uebergang aus der Strafwirkung in den contractlichen Ersatzanspruch kommt übrigens auch in andern Formen und Fällen vor, z. B. in der Klage gegen den mensor §. 378, dem Darlehen und Constitutum des ältern Rechts §. 255. R.)

g) (Savigny, System II. §. 71 d—k, V. S. 491. R.)

a) §. 13 I. de action. (4, 6) Gai. IV. 44. (Buelow, de praeiudicialibus formulis. 1859. Mit Unrecht rechnet Bähr, Anerkennung S. 281 f. auch die Klagen auf Anerkennung durch den Beklagten zu den Präjudizialklagen: sie sind immer zugleich auf eine Leistung, nämlich eine Sicherheitsleistung, gerichtet: z. B. L. 41 D. de iud. (5, 1), L. 38 pr. D. pro soc. (17, 2), L. 14 pr. D. de pign. (20, 1). R.)

fang desselben nur zu erhalten oder herzustellen: rem persequuntur, oder ihm einen Zuwachs zu verschaffen: poenam persequuntur, oder sie verbinden beide Zwecke: mixtae actiones. Von Seiten des Beklagten aufgefaßt, sind die ersten die, womit nur gefordert wird, was aus dem Vermögen des Klägers bey jenem ist, Pönalklagen die, welche von seiner Bereicherung unabhängig sind[b]). Es giebt Klagen, bey denen eine Strafe erst dadurch eintritt, daß der Beklagte es auf die Condemnation ankommen läßt, entweder Ehrenminderung (actiones famosae), oder eine Vergrößerung der Forderung (lis crescit), theils durch Ableugnen, theils erst durch Ungehorsam gegen das arbitrium iudicis (§. 271).

Die Klagen gehen endlich entweder auf einen bestimmten Gegenstand (certum), wie alle in rem actiones, oder auf ein incertum, welches erst der Richter zu bestimmen hat. Unter den stricti iudicii actiones kommen beide Arten vor (condictio certi, auf eine bestimmte Geldsumme, condictio triticaria, auf einen anderen bestimmten Gegenstand, — beiderley Leistung heißt dare, — condictio incerti, gewöhnlich actio, auf ein Unbestimmtes — mit dare facere bezeichnet —), der Gegenstand der actiones bonae fidei ist stets ein incertum[c]).

4. Nach dem Verfahren.

§. 85.

Dem alten römischen Proceß gehören an die Unterschiede von ordinariae actiones (bey welchen der ordo iudiciorum privatorum eintrat) und extraordinariae (wobey der Magistrat selbst untersuchte und entschied)[a]), ferner von actiones und interdicta, welche letzteren in der Fassung eines prätorischen Befehls (restituas, exhibeas, veto) gegeben wurden, und ein eigenthümliches Verfahren zur Folge hatten, das schon zu Justinian's Zeit eine Antiquität war[b]). Im justinia-

b) §. 16—19 I. de action. (4, 6), L. 35 D. de O. et A. (44, 7), L. 1 §. 5. 8 D. ne vis fiat (43, 4), L. 1 §. ult., L. 3 §. 1 D. de vi (43, 16) etc. Savigny §. 210—212. (Brinz, Pand. I. S. 51—54 bestreitet den Pönalcharakter dieser zweiseitigen oder uneigentlichen Strafklagen. Vgl. dagegen Arndts §. 98 Anm. 4. — Die erhaltenden Klagen hat man passend Ersatzklagen genannt, Windscheid's Charakteristik: daß sie auf etwas Anderes als Strafansprüche gehen (Actio S. 23) ist rein negativ. Ueber die historische Entwicklung der Ersatzklagen aus den Delictsklagen und das Schuldmoment im römischen Privatrecht im Allgemeinen, vgl. Jhering S. 23. 40 f. R.)

c) Vgl. Puchta, Cursus d. Inst. II. §. 165.

a) Im justinianischen Recht heißen so Klagen mit einem von dem gewöhnlichen abweichenden Verfahren.

b) Daher Dig. XLIII. 1: de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt. (Eine sorgfältige Untersuchung hierüber ist K. A. Schmidt,

nischen Recht gehören die Interdicte zu den Klagen mit außerordentlichem Verfahren, die Praxis hat sie sämmtlich dem summarischen Proceß unterworfen. Weniger zu loben ist es, daß man in der Praxis, da die Interdicte theils ein Recht zu schützen bestimmt sind, aus dem vielleicht auch eine actio entspringt (interdicta quae proprietatis causam habent), theils einen factischen Zustand, die bloße Ausübung eines Rechts (possessionis causam habent), bey den ersten interdictum und actio successiv zuließ, wie bey den letzten[c]), und also dort das Interdict als ein bloß provisorisches Rechtsmittel, bey welchem die Frage einstweilen nach der Wahrscheinlichkeit entschieden würde, behandelte. Eine materielle Eigenthümlichkeit der Interdicte ist, daß die Früchte der Sache erst seit der Anstellung der Klage gefordert werden können[d]). Ein altprocessualischer Unterschied ist auch der von actiones in ius conceptae und in factum; und der von selbstständigen Klagen und ficticiae actiones. — Wichtiger ist die Eigenschaft mancher Klagen, daß bey ihnen die Rollen der Parteien sich vermischen, die Klage so behandelt wird, wie wenn auch der Beklagte sie angestellt hätte, daher auch der Kläger condemnirt werden kann, was bey allen anderen eine Unmöglichkeit ist. Jene heißen indicia duplicia, actiones mixtae (in diesem Sinn)[e]).

---

das Interdiktenverfahren der Römer. 1853. Bethmann-Hollweg, Civilproc. I. §. 54. II. §. 98. R.)

c) L. 14 §. 3 D. de exc. rei iud. (44, 2): Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

d) L. 3 D. de interd. (43, 1), (aus L. 1 §. 40 D. de vi [43, 16]. R.) L. 8 §. 4 D. de precar. (43, 26). (Anders bei Interdicten aus Delictsobligationen: L. 1 §. 40 D. de vi [43, 16], L. 38 §. 11 D. de usur. [22, 1], L. 25 §. 4 D. quae in fraud. [42, 8], Schmidt a. a. O. S. 40. R.)

e) L. 37 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), L. 44 §. 4 D. fam. ercisc. (10, 2), L. 13. 14 D. de iudic. (5, 1). (Eine eindringendere Erörterung der verschiedenen Fälle ältern und neuern Rechts, der sacramenti actio, der Doppelinterdicte und Auseinandersetzungsklagen giebt jetzt Eck, die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts, 1870, von welcher S. 28 ff. hierher gehört. Er führt aus, daß ein einheitlicher Begriff doppelseitiger Klagen weder im römischen noch im heutigen Recht existirt, vielmehr die darunter subsumirten Theilungsklagen §. 373 und Interdicte §. 133 eine ganz verschiedene Natur haben. Windscheid, Actio S. 27, Abwehr S. 41 läugnet die heutige praktische Bedeutung der duplex actio, weil der Beklagte als Reconvenient auftreten könne und müsse. Letzteres ist unrichtig, Ersteres macht nur einen Unterschied im Verfahren. Gleichwohl sind sie deshalb veraltet, weil die Theilung nur als Urtheilsvollzug eines zweiseitigen Veräußerungsgeschäfts oder als Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufzufassen ist (Eck S. 147 Prinz, Actionenrecht S. 33. 60). R.)

C. Aufhebung der Klagen.

§. 86.

Die Aufhebung des Rechts schließt natürlich immer eine Aufhebung der Klage ein, welche damit verknüpft ist. Aber das Klagerecht selbst und unmittelbar kann von einem Endigungsgrund betroffen werden; hier ist eine Fortdauer des Rechts (nur jenes Schutzmittels beraubt), aber auch eine Endigung desselben denkbar, so daß der Endigungsgrund zwar zunächst die Klage trifft, aber mittelbar auch das Recht selbst wegnimmt. Zerstört aber wird die Klage theils durch ihren wirklichen Gebrauch, durch den Prozeß, den sie einleitet (§. 96. 99), theils durch vor ihrer Anstellung eintretende Umstände. Diese letzteren sind Concurrenz, Tod, Verjährung.

1. Concurrenz[a]).

§. 87.

Der gemeinschaftliche Punkt, in welchem mehrere Klagen zusammentreffen (ein concursus actionum eintritt), kann seyn der Entstehungsgrund (der mittelbare: die Thatsache, oder der unmittelbare: das Recht), die Person (der oder gegen die mehrere Klagen zustehen), der Gegenstand und Zweck, worauf mehrere Klagen gerichtet sind. Keine Aufhebung der Klage bewirkt die Gemeinschaft des Entstehungsgrunds, nämlich des mittelbaren (die des unmittelbaren ist stets mit einer Gemeinschaft des Gegenstands verbunden)[b]); eben so wenig natürlich das persönliche Zusammentreffen für sich allein. Man nennt diese wirkungslosen Concurrenzen cumulative. Dagegen hat die Gemeinschaftlichkeit des Gegenstands, für sich oder in Verbindung mit jenen anderen Identitäten, aufhebende Wirkung (s. g. electiver Concurs)[c]). Aber nicht schon die Concurrenz selbst hat diese Wirkung,

---

a) Eine neue, berichtigende Darstellung dieser Lehre hat gegeben Savigny V. §. 231—236. (Vgl. dazu Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß II. No. 10 S. 180 ff. [1846]. Böcking, Pand. I. §. 128. 131. G. Hartmann, Archiv für civ. Pr. 50, 1. No. 4. R.)

b) L. 1 §. 21. 22 D. de tut. act. (27, 3), L. 60 D. de O. et A. (44, 7): Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit (Ulp.). (Id. L. 130 D. de R. I. [50, 17]: Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit), vgl. Savigny, §. 234. L. 9 C. de accus. (9, 2), L. 11 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 55 §. 1 D. de admin. tut. (26, 7), L. 1 §. 9, L. 18 §. 2 D. de iniur. (47, 10). L. 3 §. 1 D. de duob. reis (45, 2): — utique enim cum una sit obligatio, una et summa est —.

c) L. 43 §. 1 D. de R. I. (50, 17): Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet. L. 41 §. 1 D. de O. et A. (44, 7): Si

auch nicht die Anstellung der einen Klage, sondern erst die wirkliche Leistung des Gegenstands[d]).

Es kommt vor, daß jemandem mehrere Klagen, die nicht denselben Zweck haben, oder dieselbe Klage mit verschiedenem Zweck electiv zu Gebot stehen, so daß schon durch die Wahl und Anstellung der einen die andere ausgeschlossen wird, diese Ausschließung gründet sich in manchen Fällen auf die Unvereinbarkeit der damit zu erhebenden Ansprüche, in manchen auf besondere Rechtsvorschrift[e]).

2. Tod[a]).

§. 88.

Klagen sind Bestandtheile des Vermögens, und gehen mit demselben auf den Erben des Klagberechtigten über, actiones heredibus competunt. Diese Regel hat einige Ausnahmen dadurch, daß gewisse Klagen nicht als Vermögensbestandtheile gelten können: 1) die Popularklagen, die jedem aus dem Volk, und darum niemandem vor der Anstellung ausschließlich zustehen[b]), 2) die actiones quae vindictam continent, Klagen, womit eine individuelle Unbill geahndet, und deren Zuständigkeit daher kein ehrenhafter Mann von dem Gesichtspunkt einer Vermögensvermehrung auffassen wird[c]).

---

ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut, quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id (non oder statt id non: nihil) consequatur. (Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. N. F. II. 6. 10 S. 180 f. [1846]. R.) L. 57 D. de R. I.: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. Anwendungen s. u. a. in L. 38 §. 1. L. 41—43. 45—60. D. pro socio (17, 2), L. 7 §. 1 D. commod. (13, 6), s. Savigny §. 233. (L. 34 §. 2 D. de O. et A. (44, 7) ... post legis Aquiliae actionem ... commodati finietur. Post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur; sed verius est, remanere, quia simplo accedit et simplo subducto locum non habet. Vgl. Savigny S. 229 locum habet; Huschke, S. 184 f. non remanere — locum non habet L. 47 §. 1 — L. 50 pro soc. 17, 2. R.) — Ist die Mehrheit von Klagen durch die Mehrheit von Personen veranlaßt, so nennt man den Concurs einen subjectiven, findet sie unter denselben Personen statt, einen objectiven.

d) L. 18 §. 3 D. de pec. const. (13, 5), L. 35 §. 1 D. loc. (19, 2), L. 4 D. de his qui effud. (9, 3), L. 7 §. 4 D. quod falso tut. (27, 6).

e) So z. B. L. 7 D. de lege comm. (18, 3), §. 16 I. de obl. ex del. (4, 1), L. 3 §. 5 D. nautae, caup. (4, 9), L. 5 §. 1 D. de calumn. (3, 6), Savigny §. 235 a. E.

a) Inst. IV. 12: de perp. et temp. act. et quae ad heredes et in heredes transeunt.

b) L. 7 D. de popul. act. (47, 23).

c) Vgl. Marezoll, Magaz. für Rechtswiss. IV. 19, 2. Savigny, System II. §. 73. Die einzelnen Fälle sind: 1) iniuriarum actio, §. 1 I. de perp. et temp. act. (4, 12), L. 28 D. de iniur. (47, 10), vgl. L. 2 §. 4 D. de collat. (37, 6); 2) in

Auf Seiten des Beklagten sind die Klagen Vermögensminderungen, die in dem Vermögen als Gegenstand der Erbfolge begriffen werden (§. 34), daher die Regel: actiones in heredes dantur. Ihre Anwendung setzt voraus, daß der Beklagte sich nicht blos durch einen veränderlichen Umstand (z. B. den Besitz, das Eigenthum einer Sache) bestimmt, sonst haftet der Erbe nicht als Erbe, sondern blos insofern bey ihm derselbe Grund der Haftung eintritt[d]). Jene Regel hat aber Ausnahmen[e]): 1) die Delictsklagen, soweit sie auf eine eigentliche Strafe gehen, können nicht gegen den Erben des Thäters angestellt werden[f]); soweit sie Entschädigung zum Gegenstand haben, nur wenn und wieweit die Erbschaft durch das Delict des Erblassers vergrößert auf den Erben gekommen ist[g]), diese Haftung des Erben ist durch das

factum actio des gegen die Vorschrift in ius vocirten Parens und Patronus, L. 24 D. de in ins voc. (2, 4); 3) querela inofficiosi, L. 7 D. de inoff. test. (5, 2); 4) actio sepulcri violati, L. 6. 8. 10 D. de sep. viol. (47, 12); 5) in factum actio, wegen verhinderter Beerdigung, L. 9 D. de relig. (11, 7); von den Schlußworten dieser Stelle des Gains — Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem, nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur. Certe perpetuo ea inter ipsos competit — giebt Mühlenbruch, Cession S. 300 eine Erklärung, die jene Klage aus dieser Reihe heraussetzen würde, die aber schon sprachlich unzuläßig ist (constare videtur soll heißen: Manche sehen es für ausgemacht an, certe: im Gegentheil, ipsi: die Erben — vgl. L. 18 D. depos. —); 6) in factum actio gegen den, welcher zur calumnia Geld empfangen hat, L. 4 D. de calumn. (3, 6); 7) die Klage auf die Nachtheile der Ehescheidung gegen den schuldigen Theil, L. 15 §. 1 D. sol. mat. (24, 3); 8) die Revocationsklage des Schenkers wegen Undanks des Beschenkten, L. ult. C. de revoc. don. (8, 56). Der von Savigny a. a. O. Note r behaupteten Unvererblichkeit des interdiotnm quod vi aut clam steht L. 13 §. 5 D. quod vi (43, 24) doch wohl wirklich entgegen.

d) L. 42. 55 D. de R. V. (6, 1).

e) Francke, vom Uebergang der persönl. Kl. auf die Erben des Schuldners, Beiträge I. 1 (1828). Savigny, System V. §. 211.

f) L. 22 D. de O. N. N. (39, 1): — in poenam heres non succedit, L. 1 pr. D. de priv. del. (47, 1), L. 20 D. de poen. (48, 19).

g) L. 16 §. 2, L. 19 D. quod metus (4, 2), L. 17 §. 1, L. 26. 27 D. de dolo m. (4, 3), L. 4 §. 6, L. 5—7 D. de alien. iud. mut. c. (4, 7), L. 23 §. 8 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7), L. 44 D. de R. I. (50, 17), L. 38 eod.: Sicnti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset. Dieser Grundsatz und das Princip: tnrpia lucra heredibus quoqne extorqueri, licet crimina exstinguantur hat darauf geführt, nicht blos die mixtae actiones gegen den Erben unter dieser Voraussetzung zuzulassen, sondern selbst Klagen, deren Gegenstand sich als reine Strafe darstellt, L. 5 pr. D. de calumn. (3, 6), vgl. auch L. un. C. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur (4, 17), wenn nicht eine daneben zustehende Entschädigungsklage diese Ausdehnung überflüssig macht. L. 2 §. 27. D. vi bon. rapt. Eine gegenständliche Ausdehnung der Haftung liegt in der Inter-

canonische Recht und die Praxis bis auf den Betrag der Erbschaft überhaupt erweitert[h]). 2) Popularklagen werden wie Delictsklagen auf Strafe behandelt, weil sie wegen der eigenthümlichen Bestimmung des Klägers für diesen immer eine Bereicherung zum Erfolg haben[i]). 3) Die Klagen gegen den Besitzer, der die Klage durch einen Dolus gegen sich fixirt hat, so daß sie nicht mehr von seinem wirklichen Besitz abhängt, gehen gegen den Erben nur in id quod ad eum pervenit[k]). Die Veranlassung und Erweiterung dagegen der Contractsklagen durch Dolus des Erblassers steht dem Uebergang der Haftung auf den Erben nicht im Wege[l]).

Diese Ausnahmen von dem activen und passiven Uebergang der Klagen werden durch Litiscontestation aufgehoben (§. 96).

---

pretation des pervenire ad heredem. L. 127 D. de R. I.: Cum praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti. L. 17 D. quod met. (4, 2). Vielleicht galt, wie im älteren deutschen, so auch im R. R. ursprünglich die vollkommene Nichthaftung des Erben für Delicte, die dann nach und nach auf jene Weise immer mehr beschränkt ward. — Die condictio furtiva geht in solidum gegen die Erben, L. 7 §. 2 D. de cond. furt. (13, 1), sie ist aber auch keine Delictsklage. Die rerum amotarum actio wird als Condictio behandelt, L. 24—26. 29 D. rer. amot. (25, 2), und namentlich auch in jenem Punkt der condictio furtiva gleichgestellt, L. 6 §. 4 eod.; dagegen wird jene Behandlung der Delictsklagen auf sie angewendet in einem Gesetz Diocletian's, L. 3 C. eod. (5, 21), das vielleicht von solchen Fällen, die über die Voraussetzungen einer Condictio hinausliegen, zu verstehen ist, das Wahrscheinlichere ist doch wohl ein wirklicher Widerstreit.

h) c. 14 X. de sepult. (3, 28), c. 5 X. de raptor. (5, 17), c. 9 X. de usur. (5, 19), c. 28 X. de sent. excomm. (5, 39), cf. J. H. Böhmer, ad hh. ll. Savigny V. S. 48 ff.

i) L. 8 D. de popul. act. (47, 23).

k) L. 42. 52 D. de R. V. (6, 1).

l) L. 49 D. de O. et A. (44, 7): Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur —. L. 10 pr. D. comm. div. (10, 3), L. 1 §. 1, L. §. 1 D. depos. (16, 3), L. 12. 49 D. de O. et A., L. 121 §. 3 D. de V. O. (45, 1), L. 152 §. 3 D. de R. I. (50, 17). Schwierigkeit hat gemacht §. 1 I. de perp. et tempor. act. (4, 12): — aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit (viele Handschr. setzen hinzu veluti), cum testator dolose versatus sit (einige H. S. setzen hinzu ex deposito), et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit. Vgl. Gai. IV. 113: aliquando tamen (etiam) ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit, nam adstipulatoris heres non habet actionem, et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur. Theophilus führt zur Institutionenstelle die actio depositi an, diese also scheinen die Verfasser gemeint zu haben, aber irriger Weise, denn s. L. 12. 49 D. de O. et A. (44, 7), L. 1 §. 1 D. depos. (16, 3). Vgl. Francke a. a. O. §. 3. Die actio rationibus distrahendis ist keine Delictsklage, sie entspringt aus dem Quasicontract der Tutel. L. 1 §. 21 D. de tut. act. (27, 3): — ex una obligatione duas actiones —, und doch geht sie nicht gegen die Erben, L. 1 §. 23 eod. (Im ältern Recht

3. Verjährung *).

§. 89.

Die Klagverjährung: Aufhebung einer Klage wegen Versäumung ihrer Anstellung während der ihr durch das Recht gesetzten Zeit, hat ihren ersten Ursprung in den magistratischen Edicten, bey manchen honorariae actiones, welche die Magistrate nur mit jener Beschränkung gaben[b]), sie wurde auf manche Civilklagen, namentlich aus singulären Rechten ausgedehnt, aber sie blieb ein im Ganzen nicht sehr bedeutendes Institut, bis endlich Theodosius II. mit wenigen Ausnahmen alle Klagen der Verjährung unterwarf[c]), um der die Sicherheit und Gerechtigkeit des richterlichen Urtheils gefährdenden Verzögerung der Klaganstellung Schranken zu setzen[d]). Eine Ausnahme von der allgemeinen Verjährbarkeit der Klagen machen nur aus einem inneren Grund die Theilungsklagen, sofern die Nöthigung zu einer ewigen Dauer der Gemeinschaft die Folge davon wäre[e]), und

---

waren indeß beide Delictsklagen und daher passiv unvererblich, wovon sich bei Theophilus aus einem ältern Juristen eine Notiz erhalten hat. Jhering, Schuldmoment (1867) S. 32. Die actio rationibus distrahendis wurde im Edict sogar mit der actio furti zusammengestellt. Rudorff, ed. perp. §. 131. R.)

a) Inst. IV. 12: de perpetuis et temporalibus actionibus etc. Cod. VII. 39: de praescriptione XXX vel XL annorum. 40: de annali exceptione italici contractus tollenda, et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus, et interruptionibus earum. Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 252—283 und an verschiedenen anderen Stellen seines Buches. Savigny, System V. §. 237—252. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 208. (Demelius, Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht (1856). Abschn. I.: Geschichte der Klagverjährung. R.)

b) L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7): In honorariis actionibus sic esse definiendum, ut, quae rei persecutionem habeant, hae etiam post anuum darentur, ceterae intra annum — —. Illae antem rei persecutionem continent, quibus persequimur, qnod ex patrimonio nobis abest, ut cnm agimus cnm bonorum possessore debitoris nostri. Item-Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur, sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.

c) L. nn C. Th. de action. certo temp. fin. (4, 14), im justinianischen Recht, L. 3 C. de praescr. XXX ann. (7, 39), mit den übrigen ergänzenden Constitutionen dieses Titels und des folgenden, von Anastasius, Justinus, Justinian.

d) Das Recht giebt die Klagen mit dieser Beschränkung, diese kann auch durch die Verabredung, daß dem Gläubiger künftig die Verjährung nicht entgegenstehen solle, nicht beseitigt werden, denn es kann niemand durch Vertrag eine Klage erhalten, als die und wie sie das Recht giebt und zuläßt. Vgl. über diese Streitfrage Savigny a. a. O. S. 411—413.

e) L. ult. C. comm. div. (3, 37). Sie verjähren aber (L. 1 §. 1 C. de annali exc.), sofern sie auf praestationes personales oder auf Anfechtung einer Privattheilung gerichtet sind.

vermöge singulärer Vorschrift einige Klagen, die im heutigen Recht theils nicht mehr vorkommen[f]), theils dieser Befreiung beraubt sind[g]).

§. 90.

Die Bedingungen der Klagverjährung sind folgende:

1) Actio nata (§. 81); die Veranlassung der Klage muß eingetreten seyn (die Entstehung des Rechts, woraus sie entspringt, ist ohnehin eine Voraussetzung derselben). Bey dinglichen Klagen muß ein Beklagter gegeben seyn[h]), bey persönlichen, wo der Beklagte schon durch die Existenz der Forderung gegeben ist, beginnt die Verjährung von dem Augenblick, wo der Gläubiger fordern kann und der Schuldner die Leistung unterläßt[i]), also mit der Verstreichung des Zahlungstermins[k]), auch des durch Kündigung gesetzten[l]), bey verzinslicher Schuld mit Unterlassung der Zinszahlung[m]), bey anderen Obligationen, in denen die Parteien übereinstimmend einen Aufschub der Leistung voraussetzen, sowie diese Uebereinstimmung aufhört[n]), außerdem mit dem Augenblick, wo der Gläubiger zur Geltendmachung seines Rechts befugt ist[o]).

---

f) Die vindicatio in libertatem, L. 3 C. de l. t. praescr. qu. pro lib. (7, 22). Vindication eines Colonen durch den Patron, L. 23 pr. C. de agric. (11, 47). eines Curialen durch die Stadt, L. 5 C. de praescr. XXX annor. (7, 39).

g) Klage auf Steuerrückstände, L. 6 C. eod.

h) Streitfrage: ob die Verjährung der gegen den Besitzer gerichteten Klage auch gegenüber einem natürlichen Besitzer beginne? Nicht, so lange dieser im Namen des Klägers besitzt, L. 7 §. 6 in f. C. de praescr. XXX ann. (7, 39), Savigny a. a. O. S. 284 f. Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 232 bey Note f.

i) L. 7 §. 4 C. eod., L. 1 §. 1 C. de annal. exc. (7, 40).

k) Anwendung auf terminweise Leistungen, L. 7 §. 6 C. de pr. XXX ann. (7, 39): In his autem promissionibus vel legatis vel aliis obligationibus, quae dationem per singulos annos vel menses aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum praescriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cniusque anni — computari manifestum est. — L. 26 pr. C. de usnr. (4, 32). Eos, qui principali actione per exceptionem XXX vel XL annorum sive personali sive hypothecaria ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem — asserendo singulis annis earum actiones nasci, principali enim actione non subsistente satis supervacuum est, super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.

l) Bestritten; vgl. Thon, über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VIII. 1 (1834), Savigny §. 240 (dagegen: Vangerow, Archiv für civ. Pr. XXXIII. [1850] 12. Brinz, Pand. §. 48. Windscheid, Pand. §. 108 Anm. 4. Actio S. 47 f. Demelius, Unters. II. S. 111 f. Die Praxis stimmt meist mit der im Text angenommenen Meinung überein, vgl. Seuffert's Archiv I. 372, IV. 201, VI. 3, vgl. jedoch V. 272. Nicht entgegen ist L. 94 §. 1 D. de solut. (46, 3), sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro mea parte nascetur et actio et liberatio. L. 1 §. 22 D. de

2) Versäumniß; die Verjährung wird unterbrochen durch wirksame Anstellung der Klage (die Vorladung des Beklagten muß darauf erfolgen)[p], aber auch dadurch, daß die Klage aufhört veranlaßt zu seyn, also bey Klagen gegen den Besitzer, wenn ein neuer Besitzer eintritt, der nicht Successor des vorigen ist[q]), durch Gestattung einer neuen Zahlungsfrist, sonstige Anerkennung des Rechts durch den Beklagten[r]). Die Unterbrechung hat stets die Folge, daß der bisherige Zeitablauf ohne Wirkung bleibt, und die Verjährung von neuem beginnen muß[s]).

3) Ablauf der Zeit. Die Klage ist erst mit dem Ablauf des letzten Tags der Frist aufgehoben (§. 75). Bey den Verjährungen von einem Jahr und darunter ist die Zeit utile tempus, bey allen anderen continuum (§. 76). Auch bey diesem aber wird nicht mit eingerechnet a) die Zeit, wo die Klage einem Unmündigen zusteht[t]), b) einem Minderjährigen, doch hier nur bey Verjährungen unter dreißig Jahren[u]), c) wo sie zu den Adventitien eines Filiusfamilias gehört[v]),

---

positi (16, 3) est autem ... scriptum, eum, qui deposuit, statim posse depositi agere, hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat: beide Stellen beziehen sich nicht auf die Klagverjährung. Eine dritte Stelle, auf die man sich berufen hat (L. 8 §. 7 D. de prec. (43, 26): Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit — quum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum), setzt geradezu den Ablauf der Kündigungsfrist als Anfang voraus. Vgl. auch L. 24 pr. D. sol. matr. (24, 3), Rudorff zu Puchta, Vorles. §. 90 Note 1 der vierten Ausgabe. R.)

m) L. 8 §. 4 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

n) Savigny V. S. 291 ff. — Gegen die unrichtige Regel: toties praescribitur actione nondum nata, quoties nativitas est in potestate creditoris, vgl. Thon a. a. O. S. 2 ff.

o) Savigny V. S. 285 ff. S. auch Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. S. 192 ff.

p) L. 3. 7 pr. §. 5 C. de pr. XXX ann. (7, 39). Begünstigungen des Klägers dabey, L. 2. 3 C. de annal. exc. (7, 40), L. 5 C. de duob. reis (8, 40). Schriftliches Anbringen bey einem compromissarischen Richter vertritt die Stelle der gerichtlichen Klage, L. 5 §. 1 C. de rec. arbitr. (2, 56). Ueber das ältere Recht, dessen noch in L. 9 §. 3 D. de iureiur. (12, 2), L. ult. in f. D. de fidei. tut. (27, 7) Erwähnung geschieht (s. §. 96), vgl. Puchta, Cursus II. §. 208.

q) L. 7 §. 1, L. 8 §. 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39), L. 12 C. de fund. patrim. (11, 61).

r) L. 7 §. 5, L. 8 §. 4 C. de pr. XXX ann., L. 5 C. de duob. reis (8, 40).

s) Besondere Wirkung der Anstellung der Klage und Litiscontestation s. §. 96.

t) L. 3 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

u) L. 5 C. in qu. c. in int. rest. (2, 41). (Emminghaus, Archiv für pract. Rechtswiss. N. F. 7, 2 No. 3. R).

v) L. 1 §. 2 C. de ann. exc. (7, 40), L. 4 in f. C. de bon. qu. lib. (6, 61).

Eine kürzere Dauer (actiones temporales) haben 1) Klagen, mit denen die besonderen fiscalischen Rechte geltend gemacht werden, sie verjähren in zwanzig Jahren[ee]); 2) die prätorischen Pönalklagen, sie verjähren in einem Jahr[ff]); 3) die Klagen, welche die Untersuchung der Rechtsfähigkeit einer Person nach ihrem Tod zum Zweck haben, sie werden nur während fünf Jahren nach diesem Zeitpunkt zugelassen[gg]).

§. 92.

Die Wirkung der Verjährung ist, daß der Klage eine Einrede (praescriptio oder exceptio temporis) entgegensteht, durch die sie gegen den zu dieser Einrede Berechtigten unwirksam gemacht und also zerstört wird[hh]). Auf die materielle Wirkung dieser Einrede kann der Grund derselben nicht ohne Einfluß seyn, dieser Grund ist die andauernde Versäumung des Gebrauchs einer der verschiedenen Arten, wie ein Recht unmittelbar oder mittelbar geltend gemacht werden kann, nämlich der Klage; als Folge der Verjährung läßt sich daher auch nur der Verlust dieses versäumten Rechtsmittels erwarten, die Aufhebung aller übrigen allerdings unvollkommenen Arten der Geltendmachung und somit dem Effect nach des Rechts selbst wäre eine Folge, deren Festsetzung ganz willkürlich wäre und über die Natur des Instituts hinausginge, ja die bey in rem actiones zu widersinnigen Resultaten

ee) L. 13 pr. D. de div. temp. pr. (44, 3), L. 2 §. 1, L. 3. 4 §. 1 D. de requirendis (48, 17), L. 1 §. 3 D. de iure fisci (49, 14). Ausnahmen: die Klage auf commissa verjährt in fünf Jahren, L. 2 C. de vectig. (4, 61), der Anspruch auf bona vacantia in vier, L. 1 C. de quadr. praescr. (7, 37).

ff) L. 35 pr. D. de O. et A. (§. 89 Note b), L. ult. D. de pop. act. (47, 23): Omnes populares actiones neque in heredes dantur, neque supra annum extenduntur. Entschieden gilt diese Regel von den poenales auf Seiten des Klägers (also auf Bereicherung), doch mit Ausnahme der actio furti manifesti, pr. I. de perp. et temp. act. (4, 12), der actio servi corrupti, L. 13 pr. D. de servo corr. (11, 3), der actio aus einem s. g. depositum miserabile, L. 18 D. depos. (16, 3), der actio ex delicto adversus nautas etc., L. ult. §. ult. D. nautae, caup. (4, 9), der actio de effusis et deiectis, soweit sie nicht eine Popularklage ist, L. 5 §. 5 D. de his qui effud. (9, 3), bey welchen allen auch die Strafe noch nach einem Jahr gefordert werden kann. Zweifelhaft ist, ob der Grundsatz der einjährigen Verjährung auch von den prätorischen Strafklagen, die es nur auf Seiten des Beklagten sind (§. 84), gilt, wie Savigny §. 247 behauptet; einige derselben sind ihr gewiß unterworfen, und von diesen gilt der Grundsatz, daß sie perpetuae sind, wenn sie auf das an den Beklagten Gekommene beschränkt werden, L. 4 D. de interd. (43, 1): Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum iudicium dandum, Sabinus respondit (Paul.).

gg) Dig. XL. 15, Cod. VII. 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.

hh) Vgl. L. 8 §. 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39).

führen würde, die aber auch bey persönlichen Klagen nirgends im römischen Recht angeordnet ist[ii]). Dem Gläubiger, dessen persönliche Klage verjährt ist, stehen daher noch zu Gebot 1) die unmittelbare Geltendmachung der Forderung durch soluti retentio, und durch die Einrede der Compensation[kk]), 2) die mittelbare Geltendmachung in den Rechten, die eine Accession der Forderung bilden, so namentlich in dem Pfandrecht[ll]), der Bürgschaft, dem Constitutum. Es bleibt

ii) Eine in der neuesten Zeit vielfach behandelte Controverse. Für die Zerstörung jeder Wirkung des Rechts als Folge der Klagverjährung haben geschrieben: v. Löhr, Archiv für civ. Pr. X. 2 (1827), Heimbach, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. I. 22 (1828), Vermehren, ebend. II. 9 (1829), Büchel, civilr. Erörterungen I. 1 (1832, der eifrigste Kämpfer für diese Ansicht, welcher in einem Anhang zu Erört. I. 3 und in einem zweiten zu II. darauf zurückgekommen ist, mit Aufzählung der Schriftsteller, die ihm gefolgt seyen), Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. S. 210 ff. (1839), Vangerow, Pand. 6. Aufl. §. 151 (1856). Als Vertheidiger der richtigen Ansicht, oder wenigstens gegen jene sind aufgetreten: A. D. Weber, Beitr. zur Lehre von Kl. und Einreden, S. 7 ff. 52 ff. (1789), Francke, civil. Abhandl. 2 (1826), Unger, Archiv für civ. Pr. XI. 5 (1828), Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 258 (1828), Roßhirt, Zeitschr. für Civil- u. Criminalr. I. S. 156 ff. (1832), S. 390 ff. (1833), Mühlenbruch, Lehrbuch II. §. 481, Savigny, System V. §. 248 bis 251. — Man kommt in Gefahr, den Gegnern Unrecht zu thun, wenn man ihren einzelnen Gründen mit zu großer Genauigkeit nachforscht, es sind Stellen, wie L. 6 D. de O. et A. (§. 75 Note d) — L. 37 D. de fideiuss. (46, 1): Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est. Vgl. Savigny a. a. O. S. 398. L. 25 §. 1 D. ratam rem (46, 8): — qui tempore liberaretur — post tempus liberato iam debitore —, bey deren Benutzung gerade die Hauptfrage, ob die Klagverjährung gemeint ist, umgangen wird, L. 18 §. 1 D. de pec. const. (13, 5): Quod adiicitur: eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Iulianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur. Die neuesten Vertheidiger jener Meinung führen diese Stellen selbst nur als Nebengründe an, indem sie sich vor allem auf die vermeinte Natürlichkeit derselben verlassen, eine Vorstellung, die sich auf die sonst herrschende Theorie von der Verjährung als eines allgemeinen Endigungsgrunds von Rechten als auf ihre eigentliche, zum Theil unbewußte Quelle zurückführen läßt. (Gegen die hier vertretene Ansicht Bekker, die Wirkung der Klagenverjährung, Jahrb. IV. 14 (1860), wo auch die neueste Literatur angegeben ist. R.)

kk) Ohne Grund haben manche Anhänger der richtigen Ansicht die Compensation preisgegeben, z. B. Unterholzner. Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 208 Note oo).

ll) Dieser Punkt ist auf das unzweifelhafteste festgestellt durch die Vorschrift, daß die hypothekarische Klage unter Umständen eine längere Verjährungszeit hat,

also nach der Verjährung der Klage eine naturalis obligatio zurück (§. 237).

D. Von den Einreden*).

1. Begriff.

§. 93.

Die einfachste Vertheidigung des Beklagten gegen die Klage ist die, daß er das Daseyn des Rechts, welches der Kläger geltend macht, leugnet, entweder überhaupt oder in dem Umfang, den der Kläger in Anspruch nimmt. Diese (gänzliche oder theilweise) Negation kann entweder auf das Daseyn des Rechts überhaupt (einfache Negation), oder blos auf das gegenwärtige Daseyn desselben (qualificirte Negation) gerichtet seyn, im letzten Fall liegt in der Negation die Behauptung der geschehenen Aufhebung, sey es des Rechts im Ganzen oder des Theils desselben, welcher verneint wird. Nun kann aber dem Recht des Klägers und seiner Geltendmachung ein Umstand entgegenstehen, entweder ein von Anfang vorhandener (z. B. Zwang zu dem Rechtsgeschäft, durch welches das Recht des Klägers entstanden ist), oder ein nachher eingetretener (z. B. Entstehung einer compensablen Gegenforderung des Beklagten), der es nicht vernichtet (ungeachtet dessen also das Recht ipso iure besteht), sondern der dem Beklagten das Recht giebt, die gänzliche oder theilweise Absolution von der Klage zu fordern. Dieses Recht des Beklagten steht als seine zweite mögliche Vertheidigung der Negation (der einfachen und der qualificirten) als der ersten Vertheidigungsweise gegenüber, und heißt exceptio im materiellen Sinn[a]). Exceptio ist sonach das dem klägerischen Anspruch entgegenstehende Recht des Beklagten, welches jenen, auch wenn er

---

als die persönliche. S. auch L. 2 C. de luit. p. (8,31): Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota. L. 50 D. de minor. (4, 4).

*) (Bethmann-Hollweg, Civilproc. II. Abschnitt §. 99. R.)

a) Auch hier ist, wie bey der Klage (§. 81) der materielle und der processualische Sinn zu unterscheiden. Im letzteren ist Exceptio die Proceßhandlung, durch welche jenes Recht, die Exceptio im materiellen Sinn, vorgeschützt wird. Den processualischen Sinn fassen die Beschreibungen der exceptio in L. 2 pr. 22 D. de except. (44, 1) auf. (Die processualische exceptio kann eine qualificirte Negation seyn, z. B. die exceptio solutionis in den actiones in factum: — vorausgesetzt, daß die Behauptung vom Beklagten ausgeht, sonst wäre sie ein Theil der intentio. L. 1 C. de n. n. p. (4, 30) = L. 1 C. si pign. conv. (8, 33), Gai. 4, 21. — Vgl. Thon in der Zeitschr. für Rechtsgesch. II. S. 239 f. — Umgekehrt kann ein materielles Exceptionsrecht durch denegatio actionis oder in der intentio geltend gemacht werden: L. 21 D. sol. matr. (24, 3). R.)

ipso iure besteht (und also nicht zu negiren ist), ganz oder theilweise unwirksam macht[b]).

Die verschiedenen Vertheidigungsarten wiederholen sich für den Kläger gegenüber der Exception, er kann sie negiren oder eine exceptio exceptionis vorschützen, welche Replik heißt[c]), ferner für den Beklagten gegenüber der Replik, er kann sie negiren oder ihr eine exceptio replicationis entgegensetzen, welche Duplik genannt wird u. s. f.

2. Arten.

§. 94.

Die Einreden gründen sich theils auf processualische Vorschriften (z. B. Einrede der Incompetenz des Richters, mangelnder processualischer Cautionen), theils auf das materielle Recht. Unter diesen letzteren bilden eine zahlreiche Classe die, denen der Ausdruck gegeben werden kann, der Kläger handle dolose oder gegen die bona fides, seinen Anspruch zu erheben: exceptio si in ea re nihil dolo malo actoris fiat, oder exceptio doli im weiteren Sinn, die also sehr viele Einreden, ja die meisten außer den Proceßeinreden in sich begreift[a]).

---

b) Dieser Begriff und seine civilrechtliche Wichtigkeit ist an sich unabhängig von der processualischen Behandlung des Exceptionsrechts, s. Savigny, System V. §. 228, vgl. auch Brackenhoeft, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. XVI. 5, 1842, und über die processualische Behandlung im R. R. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 170. 171. 185. (Vgl. Helmolt, Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast 1852. Wirth, über das leitende Princip der Beweislast und Einreden 1852. [darüber Bekker in der krit. Zeitschr. II. S. 83], v. Völderndorff, sind die moderne Einrede und die römische exceptio ihrem Begriffe nach verschieden und was ist der Grund hiervon? Zeitschr. für Civilr. und Proceß N. F. [1854] XI. Num. 10. Wetzell, Civilproceß §. 17. Gegen die Auffassung der Exceptio als eines dem klägerischen Anspruch entgegenstehenden Rechts des Beklagten: Bekker, die processualische Consumption S. 93 [1853]. Brinz, Pand. I. §. 39. Windscheid §. 47 Anm. 2 und: die Actio S. 227. Gegen diese Arndts, Pand. §. 101 Anm. 2. R.) Im alteren römischen Proceß traten die materiellen Exceptionen als eigenthümliche Proceßhandlungen gegenüber allen Negationen klar hervor, doch nahmen in gewissen Processen (den bonae fidei iudicia) gewisse Exceptionen (die auf Dolus zu fassenden) die processualische Natur von Negationen an. Im heutigen Proceß sind umgekehrt Negationen durch gleiche processualische Behandlung zu den Exceptionen herübergezogen, und von den Processualisten auch mit diesem Namen belegt worden. Dieß hat keinen Einfluß auf den materiellen Begriff der Exceptio, für die Proceßtheorie hat es die nicht beneidenswerthe Folge einer durch die verschiedensten Versuche nicht gehobenen Ungewißheit über den allen diesen s. g. Exceptionen gemeinsamen Begriff gehabt.

c) L. 22 D. de except. (44, 1): — replicatio est contraria exceptio, quasi exceptio exceptionis.

a) L. 2 §. 5 D. de doli exc. (44, 4): Et generaliter sciendum est, ex omni-

Dahin gehört auch das s. g. Retentionsrecht, d. h. die exceptio doli, welche der Beklagte wegen Gegenansprüchen hat, wenn diese mit dem auf Herausgabe einer Sache gerichteten Anspruch des Klägers connex sind [b]).

Die Einreden sind in der Regel mit dem Beklagtenverhältniß so eng verbunden, daß sie jedem zustehen, der in dieses durch eine Succession oder durch Uebernahme der fremden Verbindlichkeit eintritt: exceptiones rei cohaerentes, eine seltene Ausnahme sind die exceptiones personae cohaerentes [c]). Umgekehrt kann eine Exceptio in Beziehung auf den Kläger in personam seyn [d]), die Regel ist aber auch hier, daß sie jedem, der den zurückzuweisenden Anspruch erhebt, entgegensteht, daß sie also in rem ist [e]).

Jede Exceptio schließt die Klage aus [f]), aber sie kann dieß entweder für immer thun, also sie aufheben, exceptio perpetua et peremtoria, oder nur für jetzt, also sie aufschieben, exceptio temporalis et dilatoria [g]). Der Grund dieser letzten kann in einer mangelhaften oder in einer vorzeitigen Anstellung der Klage liegen; die Zeit, die hier der

---

bus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. nam si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi sit talis ignorantia in eo, ut dolo careat. L. 4 §. 1 sqq., L. 8 pr. 12 eod. Eine Zusammenstellung der einzelnen Fälle bey Hänel, Archiv für civ. Pr. XII. S. 422 ff. (Im heutigen Verfahren, welches specielle Begründung der Einreden voraussetzt, fällt die exc. doli praesentis oder generalis, die Einrede rechtswidrigen Klagbegehrens mit den exceptiones in factum zusammen. Vgl. auch Windscheid §. 47 Anm. 7. R.) — Etwas anderes ist die exceptio doli in der speciellen Bedeutung, worin sie sich auf einen vergangenen Dolus gründet: si in ea re nihil dolo malo actoris factum est, L. 2 pr. §. 1 D. eod.

b) Z. B. L. 50 §. 1 D. de H. P. (5, 3), L. 13 §. 8 D. de A. E. V. (19,1). In einem Fall wegen nicht connexer Gegenforderungen §. 204, in einem anderen Fall dagegen (Depositum) gar nicht zulässig. — Irrthümer: 1) das Retentionsrecht sey ein Fall der Selbsthülfe (z. B. Glück, Commentar XV. S. 122 f. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 135), 2) es sey als eine Singularität auf die im geschriebenen Recht vorkommenden Beispiele zu beschränken (z. B. Glück, a. a. O.), 3) es sey eine Wirkung des Besitzes, eine Vorstellung, die zur Herbeiziehung fremdartiger Verhältnisse und damit zu den ausführlichen Bearbeitungen geführt hat, die diesem Punkt zu Theil geworden sind (von Faselius 1793, Schenck 1837, Luden 1839). (Cramer, Archiv für civ. Praxis XXXVII. [1854] Num. 12. 15. Großkopf 1858. Harder, im Archiv L (1867) Num. VII. Vgl. Keller, Pand. §. 92. R.)

c) L. 7 D. de except. (44, 1), L. 2 §. 2 D. de doli exc. (44, 4).

d) L. 2 §. 1, L. 4 §. 27—29. 31. D. eod.

e) Wie weit sie sich hier erstreckt, hängt von ihrem besonderen Inhalt ab, s. z. B. L. 4 §. 33 eod.

f) L. 2 §. 2 D. de except. (44, 1).

g) L. 3 eod. §. 8—10 I. eod. (4, 13).

Einrede gesetzt ist, kann eine absolute (z. B. exceptio pacti ne intra certum tempus petatur) oder eine relative seyn, z. B. exceptio ordinis, exceptio quod praeiudicium non fiat[h]).

3. Aufhebung.

§. 95.

Eine Einrede kann zerstört werden dadurch, daß ihr Grund wegfällt, aber auch sie selbst und unmittelbar kann aufgehoben werden. Nicht wie die Klagen durch Concurrenz[a]), noch auch durch Verjährung, die hier ihren ersten Bedingungen nach nicht denkbar ist[b]), wohl aber durch Nichtgebrauch, d. h. dadurch, daß sie nicht in der Weise und an dem Ort, wie das Proceßrecht vorschreibt, vorgeschützt wird.

III. Einfluß des Verfahrens auf die Rechte.

A. Litiscontestation[a]).

§. 96.

Die Anhängigmachung des Rechtsstreits und Entstehung des Proceßverhältnisses unter den Parteien, welche als Litiscontestation be-

h) L. 13. 16. 21 D. eod.: Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit. L. 6 D. si ingen. (40, 14).

a) L. 8 D. de except. (44, 1): Nemo prohibetur pluribus defensionibus uti, quamvis diversae sunt. L. 5. 9 eod., L. 43 pr. D. de R. I. (50, 17): Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit.

b) L. 5 §. 6 D. de doli except. (44, 5): — perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. L. 5 C. de except. (8, 36). Der Umstand, daß der Exceptionsberechtigte daneben auch eine Klage hatte und diese versäumte, kann nichts ändern. S. Savigny, System V. §. 253—255. Es gilt also der Grundsatz: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, nicht der entgegengesetzte, den die französischen Juristen so ausgedrückt haben: tant dure l'action, tant dure l'exception. (Dagegen Brinz, Pand. S. 170. Keller, Pand. §. 92. Letzterer unterscheidet, ob bei Festsetzung der Verjahrung für eine Klage die Absicht vorgewaltet hat, den faktischen Zustand nach einer gewissen Zeit unanfechtbar zu machen, oder das Rechtsverhältniß selbst, welches der Klage zu Grunde liegt, nur frisch und neu zur rechtlichen Discussion zu bringen, sonst aber letztere ganz auszuschließen. In den Fällen der zweiten Art soll auch die daraus abgeleitete Exceptio der Verjährung unterliegen. Hieher sind nach Keller zu rechnen: die querela inofficiosi, die meisten prätorischen Annalklagen, besonders die poenales, die ädilitischen Klagen, ferner die exceptio compensationis aus einer verjährten Forderung, die exceptio non numeratae pecuniae, die i. i. restitutio, sofern dadurch eine exceptio hergestellt werden soll. R.)

a) Keller, über Litiscont. u. Urtheil nach class. R. R. 1827. (Vgl. die Rec. von Bethmann-Hollweg in der Tüb. Zeitschr. für Rechtswissensch. [1829] V. S. 65—

zeichnet und im neueren Recht auf die erste Beantwortung der Klage durch den Beklagten, sofern sie eine Uebernahme derselben enthält, gesetzt ist[b]), — hat wesentlich die Wirkung, daß die erhobenen rechtlichen Ansprüche von dem Ausgang dieses Processes abhängig gemacht werden, und darin liegt 1) die Ausschließung einer anderweitigen Geltendmachung des Rechts[c]), 2) eine Verpflichtung zu der Gestalt, die der Ausgang des Processes den Rechten der Parteien geben wird[d]).

Einzelne Wirkungen, die in näherem oder entfernterem Zusammenhang mit diesem Princip stehen, sind folgende: a) die Klage geht nun, wenn sie sonst diese Eigenschaft nicht hatte (§. 88), auf und gegen die

---

97. R.) Puchta, Cursus der Inst. II. §. 172. 173. (Wächter, Erörterungen aus dem röm., deutschen und würtemb. Privatr. Heft 3. [1846]. Buchka, die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß. 2 Thle. 1847. Savigny, System VI. Abth. 1 [1846] und [mit Rücksicht auf die canonistische Doctrin und Praxis] Sintenis, Erläuterungen I. S. 90—210. Roßhirt, zur Lehre von den Wirkungen des Processes auf das materielle Recht [1848]. Bekker, die processualische Consumption im class. R. R. [1853], Krüger, prozessualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses (1864). R.)

b) Vgl. L. un. C. de litiscontestatione (3, 9). Ueber die streitige Frage, welcher Proceßact nach heutigem Recht für die materiellen Wirkungen der L. C. entscheidend ist, vgl. Savigny, System VI. §. 278. 279. Arndts, §. 113 Anm. 5. Wetzell, Civilpr. §. 14. Keller, Pand. §. 95. Windscheid §. 126. R.)

c) Nach justinianischem Recht setzt dieß voraus, daß die Litiscontestation auch wirklich zur Entscheidung des Rechtsstreits geführt hat, darum wird die exceptio rei in iudicium deductae dort nicht mehr erwähnt, sondern ist durch die exceptio rei iudicatae absorbirt. Vgl. L. 4 §. 3 D. de nox. act. (9, 4), L. 4 §. 5 D. quod cum eo (14, 5). (Die Einrede der Litispendenz im Falle gleichzeitiger Erhebung eines andern Rechtsstreites findet aber noch im heutigen Proceß Statt. Buchka, Einfluß II. S. 107—146. — Der Ausdruck, welchen dieser Rechtssatz in den Regeln qua de re semel actum est, de ea amplius agi non potest gefunden hat, ist auf seine ursprüngliche buchstäbliche Anwendung nicht beschränkt geblieben. Gai. 4, 104—109. L. 3 §. 13 D. de lib. hom. exhib. [43, 29]. L. 13 pr. D. de inst. act. [14, 3]. L. 30 §. 4 D. de pec. [15, 1]. L. 83 §. 1 D. de furt. [47, 2]. L. 1 C. si adv. rem iud. [2, 24]. Bekker, Consumption S. 22. Buchka II. §. 12. Dernburg, Krit. Zeitschr. 2, 4 S. 39). Die verwandte Regel über die Concurrenz §. 87 c. schließt nur die wiederholte Befriedigung aus. Gegen die Bezeichnung „Consumption der Actio" streitet Windscheid (Actio §. 8—13, Abwehr S. 42 f.), weil es kein Recht auf Actio überhaupt gebe, vgl. aber beispielsweise L. 28 §. 4 D. de iureiur. [12, 2]. R.)

d) Bey Klagen aus Forderungen nimmt dieß die Form einer Novation an. (Gai. 3, 180—182. Fragm. vat. 263. Darauf bezog sich die Regel ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Die Novation ist jedoch nur eine uneigentliche L. 29 D. de novat. [46, 2]. R.)

Erben[e]). b) Die Klage wird nach älterem Recht perpetuirt[f]), nach neuerem wird sie einer neuen Verjährung von vierzig Jahren unterworfen[g]). c) Litigiosität der in dem Streit befangenen Sache und der Klage selbst, daher Unveräußerlichkeit jener und Nichtcessibilität dieser[h]). d) Der Kläger hat Anspruch auf alles, was er gehabt haben würde, wenn der Beklagte schon zur Zeit der L. C. seine Schuldigkeit gethan hätte (quale est cum petitur, tale dari debet)[i]). e) Die Existenz des Rechts wird nach der Zeit der L. C. beurtheilt, eine spätere

---

e) §. 1 I. de perp. et temp. act. (4, 12), L. 26. 58 D. de O. et A. (44, 7) — wegen L. 33 eod. vgl. Savigny, System VI. §. 257 Note w — L. un. C. ex del. def. (4, 17). Bey der Inofficiositätsquerel ist nicht einmal die L. C. nöthig, sondern der Entschluß zu ihrer Anstellung hinreichend. Bey dem Landfriedensbruch soll die Klage auf Schadenersatz oder Strafe schon durch die wirksame Anstellung derselben auf die Erben des Beklagten transmittirt werden, K. G. O. 1555 II. 9, 6. R. D. A. 1557 §. 22.

f) L. 9 §. 3 D. de iureiur. (12, 2), L. ult. D. de fidei. tut. (27, 7), vgl. §. 90 Note p.

g) §. 91 Note cc. Man sollte glauben, daß diese Wirkung demselben Umstand beigelegt seyn müsse, dem auch die Unterbrechung der Verjährung, und dieß ist auch die Meinung Vieler (s. auch Savigny V. S. 323); was dagegen spricht, ist die Aufnahme der Stellen Note f, die im just. Recht nur den Sinn haben können, den Eintritt jener Wirkung zu bestimmen. (Vgl. Arndts §. 113 Anm. 4 c. Windscheid §. 125 Anm. 8, §. 126 Anm. 3. 4. R.)

h) L. 1 §. 1 D. de litigiosis (44, 6), L. 2 C. eod. (8, 37). (Brinkmann, Darstellung der rechtl. Grunds. über die Litigiosität 1849. Ueber die Entstehung des Verbotes vgl. Bachofen, ausgewählte Lehren des röm. Civilr. [1848] Num. 2. Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXV. 13 [1852]. XXXVI. 3 [1853]. R.) Vindicirte Sachen sollen nach Nov. 112 c. 1 schon durch die richterliche Mittheilung der Klage an den Beklagten zur Beantwortung litigiose werden. (S. dagegen Zimmermann a. a. O. XXXV. 13 S. 441 f. Justinian hat das ältere Recht L. 1 §. 1 D. eod., L. 2. 4 C. eod. nur in Betreff der Klage, nicht des Anfangspunkts der Litigiosität geändert. R.) — Eine Ausnahme machen nothwendige Veräußerungen, L. 13 D. fam. erc. (10, 2), Bestellung einer Dos und donatio propter nuptias, vergleichsweise Veräußerung, Erbtheilung, Vermächtniß, L. 4 in f. C. de litig. (8, 37). (Die Praxis hat das Veräußerungs- und Cessionsverbot in den Satz umgewandelt, daß der neue Erwerber in Betreff der Rechtskraft des Urtheils ganz an die Stelle des cedirenden Klägers oder veräußernden Beklagten tritt. Zimmermann a. a. O. XXXVI. S. 54 ff. Hartter in Linde's Zeitschr. N. F. XII. 14. Zaun in Schäffer's Archiv VIII. 10. Seuffert's Archiv XV, 217. Arndts §. 113 Anm. 4 h. R.)

i) L. 40 pr. D. de H. P. (5, 3), L. 20 D. de R. V. (6, 1), L. 31 pr. D. de reb. cred. (12, 1), L. 2. 3 §. 1, L. 34. 35. 38 §. 7—15 D. de usur. (22, 1). (Proceßzinsen: Savigny, System VI. §. 268—271. R.) Der Werth des Gegenstands selbst bestimmt sich bey stricta iudicia nach der Zeit der L. C., nicht nach einer späteren, bey anderen nach der Zeit des Urtheils, L. 3 §. 2 D. commod. (13, 6), L. 37 D. mand. (17, 1), vgl. L. 22 D. de reb. cred. (12, 1), L. 11 D. de re iud. (42, 1). Savigny a. a. O. §. 275. 276. Büff, Archiv für civ. Pr. XXXIII. [1850] 5. 10. R.)

Aufhebung schadet nicht[k]), eine spätere Entstehung nützt nicht[l]). f) Wo mit dem Recht des Klägers nicht zugleich der Beklagte gegeben ist, sondern dieser durch einen veränderlichen Umstand (Besitz oder Eigenthum einer Sache) gegeben wird, da entscheidet grundsätzlich die Zeit der L. C. Dieß wird zum Nachtheil des Beklagten streng eingehalten bey Noxalklagen[m]), bey Klagen gegen den Bereicherten[n]); bey arbitrariae actiones gegen den Besitzer wird der Beklagte durch den schuldlosen Verlust des Besitzes frei, umgekehrt haftet er, wenn er ihn nach der L. C. erwirbt[o]). Wer als Besitzer belangt wird, und ohne Besitzer zu seyn wissentlich die Klage übernommen hat (liti se obtulit), wird durch die L. C. einem wirklichen Besitzer in der Haftung gleichgestellt[p]). g) Ein bonae fidei possessor kommt durch die L. C. in manchen Beziehungen in die Lage eines malae fidei possessor[q]).

k) L. 18. 20 D. de R. V. (6, 1), L. 8 §. 4 D. si serv. (8, 5). (L. 10 D. de usufr. accr. (7, 2). Der Grundsatz ist jedoch kein unbedingter, vgl. L. 7 §. 7 D. ad exhib. (10, 4), L. 14 pr. D. de cond. furt. (13, 1). Wächter, Erört. III. S. 126 bis 134. Windscheid §. 128 Anm. 2—4. Arndts §. 113 c. R.) Bey Forderungen ist ein Unterschied zwischen obligationes stricti iuris und bonae fidei, bey den letzteren bewirkt eine Tilgung nach der L. C. Absolution des Beklagten, doch war schon unter den römischen Juristen eine Controverse, ob dieß nicht auch für die ersten gelten müsse, welche Ansicht Justinian recipirt hat, §. 2 I. de perp. et temp. act. (4, 12), vgl. Gai. IV. 114. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 172 Note h. Rob. Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältniß zum Endurtheil. 1852. Vgl. darüber Heidelb. Jahrb. I. 3 [1852] S. 253. 259 f. R.)

l) L. 23 D. de iudic. (5, 1): Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est.

m) Daß dem Beklagten hinterdrein die Möglichkeit der noxae deditio durch den Verlust der Sache entgeht, befreit ihn nicht, L. 1 §. 16 D. si quadrup. (9, 1). L. 37 D. de nox. act. (9, 4).

n) L. 37 pr. D. de neg. gest. (3, 5), L. 20 D. qu. metus (4, 2), L. 47 D. de solut. (46, 3). Abweichung bey der hereditatis petitio, L. 36 §. 4 D. de H. P. (5, 3), und wo die Existenz eines Guts nicht sowohl für die Begründung der Klage, als für die Höhe der Condemnation entscheidet, wie bey der actio de peculio, L. 30 pr. D. de pecul. (15, 1), L. 35 D. de fideiuss. (46, 1), bey der Competenzwohlthat, L. 63 §. 6 D. pro soc. (17, 2), L. 15 pr. D. sol. matr. (24, 3); hier entscheidet die Zeit der Sentenz.

o) L. 18 §. 1 D. de H. P. (5, 3), L. 27, §. 1, L. 42 D. de R. V. (6, 1), L. 7 §. 4—6 D. ad exhib. (10, 4).

p) L. 45 D. de H. P. (5, 3), L. 25 D. de R. V. (6, 1).

q) L. 45 eod., L. 22 C. eod. (3, 32), L. 2 C. de fructib. (7, 51). Die Haftung für den Zufall trifft den redlichen Besitzer nicht: nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere, indefensum ius suum relinquere, L. 40 pr. D. de H. P. (5, 3), L. 16 D. de R. V. (6, 1), L. 12 §. 3. 14 §. 1 D. depositi (16, 3). Savigny VI. §. 273 f. Mommsen, Beitr. III. S. 188 f. R.) Daß gerade die L. C. als Zeitpunkt dieser Wirkung gesetzt ist, hängt

B. Beweis.

1. Beweislast[a]).

§. 97.

Damit der Richter das Recht auf den seiner Entscheidung unterworfenen Fall anwende, muß ihm die juristische Gewißheit der den Rechtsfall bildenden Thatsachen verschafft: die Thatsachen müssen bewiesen werden. Gegenstand des Beweises, der den Parteien obliegt und in der von dem Proceßrecht vorgeschriebenen Form und Ordnung zu führen ist, sind 1) nur Thatsachen, nicht die anzuwendenden Rechtssätze (§. 109), 2) nur Thatsachen, von denen die Entscheidung abhängt (relevante), 3) nur ungewisse; ungewiß aber wird eine Thatsache für den Richter durch ihre Bestreitung von Seiten des Gegners[b]), diese Bestreitung ist ausgeschlossen a) bey notorischen, d. h. so allgemein bekannten Thatsachen, daß für den Gegner keine Möglichkeit übrig bleibt, sie zu ignoriren[c]), b) bey den Thatsachen, für die eine s. g. praesumtio

---

mit der Natur der Sache selbst nicht wesentlich zusammen; es ließe sich sehr wohl rechtfertigen, statt ihrer den Zeitpunkt der Mittheilung der Klage, wodurch der Beklagte von der Bestreitung seines Rechts unterrichtet wird, anzunehmen. Dieß haben in der That die späteren römischen Juristen, wenigstens gewiß bey der Erbschaftsklage, gethan, L. 20 §. 11, L. 25 §. 7 D. de H. P. (5, 3). (Bestritten von Savigny VI. S. 84—95, s. aber Arndts in Weiske's Rechtslexicon V. S. 227 f. R.), und die heutige Praxis hat sich dieser Ansicht für alle Fälle zugeneigt. (Vgl. Wächter, Erört. III. S. 105—110, Buchka, S. 69—75. Windscheid §. 126 Anm. 5. Arndts §. 113 Anm. 4b. R.)

a) Dig. XXII. 3: de probationibus et praesumtionibus. Cod. IV. 19: de probationibus. A. D. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilpr. 1805, herausg. von Heffter 1832. Borst, über die Beweislast im Civilpr. 1816. Bethmann-Hollweg, über d. Beweislast, Versuche 5 (1827). Bayer, Vorträge über d. Civilpr. S. 427 ff. Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. S. 284 ff. (Vgl. auch §. 93 Note b. Wetzell, Civilproceß §. 16. Gerber, Beitr. zur Lehre vom Klaggrund und der Beweislast 1858. Maren, über Beweislast, Einreden und Exceptionen 1861. R.)

b) Daher hebt das gerichtliche Geständniß einer Thatsache diese über die Sphäre des Beweises hinaus. Mit Unrecht behandeln die neueren Processualisten (die älteren hatten darüber richtigere Vorstellungen) es als Beweis, und lassen daher ohne weiteres einen Gegenbeweis des Geständigen zu (s. z. B. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 310 ff.). Erst die Anfechtung und Aufhebung des Geständnisses kann die Thatsache wieder zum Gegenstand des Beweises machen. S. auch Brackenhoeft, Archiv für civ. Pr. XX. S. 377 ff. Bayer, Vorträge S. 411 f. (Savigny, System VII. 1848 §. 308 S. 39—44. Wetzell a. a. O. §. 19. R.)

c) Vgl. c. 3 X. de testib. (2,21). Ueber den Begriff der Notorietät vgl. Wetzell a. a. O. §. 20 Num. 3.

iuris et de iure besteht, d. h. Thatsachen, deren Bestreitung eine besondere Rechtsvorschrift für unzulässig erklärt [d]).

Der Beweis ist eine Last (onus probandi), weil, wenn der, welchem er obliegt, ihn nicht führt (sey es, daß er überhaupt nicht unternommen wird, oder mißlingt, oder durch einen Gegenbeweis entkräftet wird), nicht etwa die frühere Ungewißheit fortdauert, sondern das Gegentheil als wahr angenommen wird. Diese Last trifft vor allem den Kläger [e]), dann aber, wenn er bewiesen hat, auch den Beklagten [f]), beide in Beziehung auf die Thatsachen, auf die sich ihr Anspruch (auf Anerkennung ihrer Rechte und Verurtheilung des Gegners, oder auf Entbindung von dessen Ansprüchen) gründet, seyen sie übrigens positive oder negative [g]). Es giebt aber Thatsachen, welche nach rechtlicher Vorschrift vermuthet werden sollen (praesumtio iuris), so daß der sie für sich Anführende des Beweises überhoben ist, und den das Gegentheil Behauptenden der Beweis trifft [h]). Solche sind: die Fortdauer eines Zustandes, dessen Entstehung erwiesen ist, daher der Beweis eines Rechts durch den Beweis seiner Erwerbung geführt ist, und dem die gegenwärtige Existenz leugnenden Gegner der Beweis dieser Behauptung, also der Aufhebung des Rechts, obliegt [h*]); die naturalia

d) S. z. B. §. 41 Note i. (Dieß ist ein unächter Begriff, die betreffenden Thatsachen sind lediglich Erwägungen des Gesetzgebers, aus denen Rechtssätze wie alle andern hervorgegangen sind, z. B. daß ein Darlehen an einen filius familias miles dem S. C. Macedonianum nicht unterworfen ist, gründet sich auf die Erwägung, daß es für die castrensia bestimmt ist, das Resultat ist aber Zulassung der Darlehensklage ohne Beweis und Gegenbeweis jenes Motivs. Vgl. L. 7 §. 1 C. ad S. C. Mac. (4, 28). Fitting, castr. peculium S. 171. 173. R.)

e) L. 21 D. de probat. (22, 3): Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est legatarium probare oportere, scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit, L. 8 eod., L. 2. 8. 15. 20. 23 C. eod. (4, 19), L. 15 D. de O. N. N. (39, 1): — ut de iure suo probare necesse haberet, id enim esse petitoris partes sustinere. L. 4 C. de edendo (2, 1): — actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6). — Bey iudicia duplicia (§. 85 a. E.) tritt auch in Beziehung auf die Beweislast in Wirkung der Umstand, daß singulae personae duplex ius habent, agentis et eius, cum quo agitur, L. 10 D. fin. reg. (10, 1).

f) L. 9. 19 pr. 25 §. 2 D. de probat. (22, 3), L. 19 C. eod. (4, 19), L. 1 D. de except. (44, 1): Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.

g) L. 5 pr. 11. 12. 14. 17. 18 §. 1. 2, L. 19. 23. 25 pr. §. 2 D. de probat. (22, 3), L. 1. 9. 16. 23 C. eod. (4, 19). Unrichtig ist die Regel: affirmanti incumbit probatio; einen ganz anderen Inhalt hat L. 2 D. eod. Ei incumbit probatio, qui dicit (der einen Anspruch macht), non qui negat (der einen Anspruch leugnet).

h) (Burkhardt, die civilistischen Präsumtionen. 1866. R.)

h*) L. 12. 22. 25 §. 2 D., L. 12. 16 C. eod.

negotii (§. 58)[i]); wenn die Erfordernisse des Rechtsgeschäfts, die in dem Act selbst hervortreten und diesen bilden, beweisen sind, die Existenz der übrigen, deren Mangel also der Gegner zu beweisen hat[k]); die Unbedingtheit eines Geschäfts, daher der die Bedingung Behauptende sie beweisen muß[l]); die bona fides[m]). Die bloße Wahrscheinlichkeit einer Thatsache (s. g. praesumtio facti s. hominis) überhebt des Beweises nicht[n]).

2. Beweisführung.

§. 98.

Dem Richter kann die juristische Gewißheit verschafft werden 1) durch seine eigene Wahrnehmung der zu beweisenden Thatsache: sinnliche (Augenschein) und intellectuelle (auf Schlüssen aus anderen Thatsachen beruhende); 2) durch die Wahrnehmung Anderer, sofern sie zuverlässig und beglaubigt ist; dahin gehören die Aussagen a) der Parteien, wenn sie entweder zu ihrem Nachtheil gereichen (Bekenntniß)[a]), oder durch Eid bekräftigt sind, die Berufung zu diesem Mittel der Bewahrheitung vorausgesetzt[b]), b) Dritter, entweder aus ihren

---

i) L. 9 D. eod.

k) L. 5 §. 1 D., L. 11 C. eod., L. 13 §. 2 D. de publ. act. (6, 2), c. 16 X. de praesumt. (2, 23), c. 3 X. de succ. ab int. (3, 27). (Wetzell, Civilpr. §. 19 f. R.)

l) Bestritten, vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 354 f. Hasse. Rhein. Mus. III. S. 134 ff. — Unterscheidung einseitiger und gegenseitiger Obligationen: Hänel, Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. I. 8 (1845). Götting, ebend. III. 5 [1847], Hänel, daselbst IV. 10. Maren S. 131 f. Schönemann in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. N. F. XIX. 8. Arndts in Pözl's Vierteljahrsschr. V. S. 13—25. Eben so wird die Voraussetzungslosigkeit [§. 63] präsumirt, wer also behauptet, eine Voraussetzung gemacht zu haben, muß dieß beweisen. Windscheid, Voraussetzung [1850] S. 189. 198. Nur dem Aussteller einer cautio indiscreta wird ohne Beweis geglaubt, daß er sie unter Voraussetzung einer Schuld ausgestellt habe, §. 257 h. — Streitfrage: Präsumtion des Irrthums [c. 47 de R. I. in VI (5, 12), praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur] und der Entschuldbarkeit des factischen: Savigny, System III. S. 440. 467. Dagegen Römer, die Beweislast hinsichtlich des Irrthums 1852 S. 29. 40. R.)

m) (Harnier, de prob. bonae fidei 1841. Savigny, Obligationenrecht S. 149 f. R.)

n) L. 10. 17. 22 C. de probat. (4, 19).

a) L. 4. 5. 7. 8 D. de confessis (42, 2). (Bethmann-Hollweg, Versuche Abh. IV. Savigny, System VII. [1848] §. 303—307 S. 7—39, §. 308 S. 44—47. Bd. VII. S. 1—47. Ueber interrogationes in iure Savigny §. 305. R.)

b) Dig. XII. 2: de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. (Savigny, System VII. [1848] §. 309—313. S. 47—90. Kießelbach in Ihering's Jahrb. für Dogm. IV. 4. R.)

einfachen sinnlichen Wahrnehmungen (Zeugen)[c]), oder aus ihren Urtheilen über solche wahrgenommene Thatsachen (Sachverständige); c) der Inhalt von Urkunden, in welchen Aussagen der Parteien oder Anderer niedergelegt sind[d]). Unser Recht stellt möglichst bestimmte Regeln darüber auf, wann und unter welchen Voraussetzungen jene Beweisgründe die juristische Wahrheit für den Richter hervorbringen, während im römischen Recht zwar nicht das entgegengesetzte Princip (welches alles auf die Subjectivität des Richters stellen würde) angenommen, aber ein Mittelweg zwischen diesen beiden Extremen eingeschlagen wird.

C. Urtheil[a]).

§. 99.

Die Wirkung einer gültigen und rechtskräftigen Sentenz ist die Beendigung des Streits[b]), also die Wahrheit dessen, was sie über die in iudicium deducirten Rechte der Parteien ausspricht, für diese: res iudicata pro veritate accipitur inter partes[c]). Eine besondere von dem Inhalt des Urtheils unabhängige Wirkung (eine Wirkung des Processes, die durch die Litiscontestation eingeführt, durch das Urtheil bestätigt wird) auf eine in iudicium deducirte Obligatio ist die Novation derselben.

Jene Wahrheit des Inhalts der Sentenz gilt vor allem von der Verbindlichkeit, die eine condemnatorische Sentenz ausspricht. Diese

---

c) Dig. XXII. 5, Cod. IV. 20: de testibus.

d) Dig. XXII. 4, Cod. IV. 21: de fide instrumentorum et amissione eorum.

a) Dig. XLII. 1: de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus. XLIV. 2: de exceptione rei iudicatae. Cod. VII. 45: de sententiis et interloc. omnium iudicum. 52: de re iudicata. 56: quibus res iud. non nocet. 60: inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. Savigny, System VI. §. 280 ff., Wetzell, Civilproceß §. 47, Unger II. §. 131—133, Vangerow I. §. 173, Windscheid §. 127—132, Arndts §. 116. R.)

b) L. 1 D. de re iud. (42, 1): Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronunciatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. L. 6 D. de exc. rei iud. (44, 2).

c) L. 207 D. de R. I. (50, 17), L. 63 D. de re iud. (42, 1), L. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2), L. 2 C. quib. res iud. (7, 56). Eine über die Parteien und ihre Successoren hinausgehende Wirkung hat die Sentenz über den Status einer Person, L. 25 D. de statu hom. (1, 5), L. 2. 3 pr. D. de agnosc. lib. (25, 3), über die Inofficiosität, L. 17 §. 1 D. de inoff. test. (5, 2), und sonstige Ungültigkeit eines Testamentes, L. 50 §. 1 D. de leg. I (30), L. 14 D. de appell. (49, 1), auf Popularklagen, L. 3 pr. D. de pop. act. (47, 23). Vgl. L. 3 pr. D. de pignor. (20, 1), Puchta, Cursus der Inst. II. §. 172.

begründet daher eine neue Obligatio (obligatio iudicati), die gegen den Verurtheilten mit der actio iudicati (auf Execution der Sentenz) geltend gemacht wird[d]), nach der dem Condemnirten verwilligten Frist, die bey der Sentenz auf eine persönliche Klage regelmäßig vier Monate beträgt[e]).

Jede Partei ferner, zu deren Gunsten etwas in dem Urtheil enthalten ist, kann die Wahrheit desselben gegen einen ihm widerstreitenden, also das rechtskräftig Entschiedene später wieder in Frage stellenden Anspruch des Gegners aufrecht erhalten und diesen Anspruch zurückweisen mit der exceptio rei iudicatae[f]). Sie setzt voraus, daß unter denselben Personen (oder solchen, die aus irgend einem Rechtsgrund an die frühere Proceßführung gebunden sind)[g]), dieselbe schon entschiedene Frage zum Gegenstand der Entscheidung gemacht werden soll[h]). Dieselbe Frage: also dasselbe Object (ganz oder theilweise)[i]), und dasselbe Recht, das dem Kläger in dem früheren Urtheil abgesprochen worden ist[k]). Bey persönlichen Klagen hängt die Identität des Rechts, über welches gestritten wird, von der Identität des Entstehungsgrunds ab (Note m), nicht so bey in rem actiones, wo das Recht (Eigenthum, Servitut ꝛc.) bey verschiedenen Erwerbsarten doch stets dasselbe ist, die origo petitionis das Recht (die causa actionis)

d) L. 4—6 D. de re iud. (42, 1), L. 3 §. 11 D. de pecul. (15, 1).

e) L. 7 D. de re iud. (42, 1), L. 2. 3 C. de usuris rei iud. (7, 54). Beschränkung oder Erweiterung, L. 2. 31 D. de re iud., c. 15 X. de sent. et de re iud. (2, 27). Wegen der in rem actiones s. §. 2 I. de off. iud. (4, 17).

f) L. 7 §. 1 D. de compens. (16, 2), L. 6. 15. 19 D. de exc. rei iud. (44, 2), L. 7 §. 4 eod.: Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. Et ideo si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur (Ulpian.). (Streitfragen: 1) Unterscheidung einer positiven und negativen Function der exc. rei iudicatae? Dafür Keller, Wächter, Savigny, dagegen Bekker, Brinz, gegen diesen aber wieder Windscheid §. 30 Note 23, Helmolt, krit. Ueberschau III. 6, Krüger §. 21. 22. 2) Rechtskraft der Entscheidungsgründe: ? Savigny §. 291 ff., Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. [1854] XII. Num. 9, Unger S. 621—649, Windscheid §. 128 Anm. 16—21, Krüger §. 27. Ueber die Praxis, Gruchot, Beitr. VII. S. 173—208. R.)

g) Note c. L. 4. 9 §. 2, L. 11 §. 3. 7—10, L. 22. 28 eod., L. 4 §. 3. 4, L. 19 D. si serv. (8, 5).

h) Note f. L. 5. 12—14. 31 D. de exc. rei iud. (44, 2).

i) L. 7. 21 eod. (Vgl. Puchta, Vorles. §. 99 Note 4 ed. 4. R.)

k) L. 27 eod.: Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis. Nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset (Nerat.).

nicht zu einem anderen macht [l]), daher dem Kläger die exceptio entgegensteht, auch wenn er jetzt einen anderen Erwerbsgrund anführt, als früher [m]).

IV. In integrum restitutio [a]).

A. Begriff.

§. 100.

Der ordentliche Rechtsschutz, von dem bisher die Rede war, setzt eine Rechtsverletzung voraus. Aber es kann jemand durch das Recht selbst in einen Nachtheil kommen, der mithin zwar auf keinen Fall ein formelles Unrecht ist, das ihm widerfährt, aber der sich dem über die

---

l) L. 11 §. 1. 2. 4. 5 D. eod.: Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. Si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoveri exceptione.— — Eandem causam facit etiam origo petitionis. Certum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio — —. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Utputa opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere, mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis, haec res non parit petitionem uovam. Nam qualecuuque et undecuuque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit (Ulpian.).

m) L. 14 §. 2 D. eod. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur, at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest (Paul.). Gegen den alten Irrthum, daß man sich durch Anführung einer bestimmten Erwerbsart in der Klage die Wiederholung der Vindication durch den ganzen Catalog der Eigenthumserwerbsarten hindurch salviren könne, Puchta, über die expressa causa bey der Eigenthumskl., Kleine civilist. Schriften 1851, S. 170 ff. Cursus der Inst. II. §. 175 a. E., für denselben Heffter, Rhein. Mus. III. S. 222 ff. (Savigny, System VI. Beil. XVII., Buchka, Einfluß des Processes I. S. 145 II. S. 192 nach heutigem Recht. Dernburg, Verh. der h. p. [1852] S. 31, der auch die L. 7 §. 2 D. de H. P. [5, 3] hierher zieht. Brinz, Pand. I. S. 156 f. R.) — Vgl. noch §. 104 Note ee.

a) Dig. IV. 1: de in integrum restitutionibus. IV. 2—6. Cod. II. 20—54. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831. v. Schröter, über Wesen und Umfang der i. i. r., Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. (1833) VI. S. 91 ff. Puchta; Cursus der Inst. II. §. 177. 209. (Savigny, System VII. [1848] S. 90—309. Steinberger in Weiske's Rechtslexicon IX. S. 289 —355. R.)

Schranken des gewöhnlichen Rechts hinausreichenden Blick dennoch als ein Unrecht, als eine Verletzung des höheren Gerechtigkeitsgefühls darstellen kann. Ist nun der Fall nicht von der Beschaffenheit, daß man den Beschädigten auf die nöthige Aufmerksamkeit und Sorgfalt im rechtlichen Verkehr, wodurch der von der Praxis des Rechts nicht auszuschließenden Möglichkeit eines Nachtheils zu begegnen ist, verweisen kann, so entsteht das Bedürfniß eines außerordentlichen Schutzes gegen das Recht und seine Folgen im Interesse der höheren Gerechtigkeit, und dieser Schutz ist die in integrum restitutio, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Das Eigenthümliche dieses Rechtsmittels liegt nicht in seiner Wirkung: der Wiederherstellung eines früheren Zustands, denn diese hat es mit anderen gemein[b]), auch nicht in der causae cognitio, die seiner Ertheilung vorhergeht, denn auch davon gilt dasselbe, sondern darin, daß es auf der über Festsetzungen und Formen des gewöhnlichen Rechts stehenden Gerechtigkeit (aequitas) beruht, deren Anforderung und Wirkung die Behörde in dem concreten Fall zu prüfen und zu leiten hat[c]).

B. Veranlassung.

§. 101.

Die Veranlassung der Restitution ist ein durch das Recht selbst (z.B. durch die darin gesetzten Fristen, die jemand versäumt, durch die

b) Ja mit solchen Fällen, die gar nicht Rechtsmittel genannt werden können, z. B. postliminium, L. 10 C. de postl. revers. (8, 51), restituto famae, L. 1 §. 10 D. de postul. (3, 1). (Dieser Umstand steht auch der neuerdings von Windscheid §. 114—120 versuchten Anknüpfung an die juristischen Thatsachen entgegen, welche die characteristische Form dieser eigenthümlichen Entkräftung jener Thatsachen nicht hervortreten läßt. R.)

c) L. 3 D. de in int. rest. (4, 1): Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Etwas anderes ist die Restitution als Gegenstand eines gewöhnlichen Rechtsmittels, durch welches ein ipso iure bestehender Zustand angefochten werden kann, während die Voraussetzungen dieser Anfechtung bestimmt gegeben sind, und die Behörde nur, wie bey jedem anderen Rechtsatz auch, die Aufgabe ihrer Anwendung auf den concreten Fall hat, ohne über ihre Rechtmäßigkeit selbst ein Urtheil zu haben. Manche Fälle der i. i. r., die es im früheren Recht waren (und die daher auch wohl noch in den römischen Rechtsbüchern die herkömmliche Stelle unter den Restitutionen behalten haben), sind nachher aus dieser Reihe heraus und in die der gewöhnlichen Rechtsmittel eingetreten (§. 102). Auf der anderen Seite darf die Restitution auch nicht für eine Gnadensache gehalten werden (wie Burchardi a. a. O. §. 3 thut), was

bestehenden Grundsätze über die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte, mit deren Abschließung sich jemand benachtheiligt hat) verursachter Nachtheil (Läsion). Darin liegt die Subsidiarität der Restitution, ihre Ausschließung, wenn schon das gewöhnliche Recht eine Hülfe giebt[a]), ferner ihre Ausschließung, wenn ein Zufall[b]), oder die unentschuldbare Nachlässigkeit des Verletzten[c]) die Ursache der Läsion ist. Uebrigens kann der Nachtheil ein positiver Schaden oder entgangener Gewinn[d]), er braucht nicht nothwendig ein sehr bedeutender zu seyn[e]), und nicht gerade unmittelbar das Vermögen betreffen[f]).

C. Restitutionsgrund.

§. 102.

Die Läsion muß hervorgebracht seyn durch einen Umstand, der als hinreichender Grund der Restitution anerkannt wird (iusta causa restitutionis)[a]). Von den einzelnen Fällen der Restitution in Absicht auf diese iustae causae sind einige durch Umgestaltung in gewöhnliche Rechtsmittel (§. 100 Note c) schon im späteren römischen

ganz und gar ihrer Tendenz zuwider ist, und womit sich ein rechtlicher Anspruch auf Restitution, der doch in der That anerkannt wird (s. z. B. Paul. sent. I. 7, 1: — redintegrandae rei vel causae actio), nicht vertragen würde. (Eine vermittelnde Ansicht vertheidigt Savigny a. a. O. S. 116 f. R.)

a) L. 16 pr. 39 §. 1 D. de minor. (4, 4), vgl. L. 3 C. si tutor interven. (2, 25). S. auch Cod. II. 41: in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est.

b) L. 11 §. 4. 5 D. de minor. (4, 4).

c) L. 15 §. 3, L. 16 D. ex qu. caus. maior. (4, 6), L. 44 D. de minor. (4, 4).

d) L. 27 D. ex quib. c. mai. (4, 6). Gegen das Entgehen einer Bereicherung auf Kosten eines Anderen aber kann nur ein Minderjähriger unter Umständen Restitution erhalten, L. 18—20 eod., L. 7 §. 6 D. de minor. (4, 4).

e) Vgl. §. 107, und Burchardi a. a. O. S. 85—87. — Minima non curat praetor.

f) L. 6 D. de minor. (4, 4), L. 27 D. ex. qu. c. mai. (4, 6). — Einzelne Fälle der Restitution: Cod. II. 27: si adversus rem iudicatam restitutio postuletur. 28: si adversus venditionem. 29: si adv. venditionem pignorum. 30: si adv. donationem. 31: si adv. libertatem. 32: si adv. transactionem vel divisionem. 33: si adv. solutionem a tutore vel a se factam. 34: si adversus dotem. 35: si adversns delictum. 36: si adv. usucapionem. 37: si adversus fiscum. 38: si adv. creditorem. 39: si minor ab hereditate si abstineat. 40: si ut omissam hereditatem vel bonarum possessionem vel quid alind adquirat. (Verlust des Besitzes: L. 9 pr., L. 21 §. 2 D. q. metus causa [4, 2], L. 23 §. 2 D. ex qu. caus. maior. [4, 6]. R.)

a) L. 11 §. 4 D. de minor. [4, 4], L. 44 D. ex. qu. c. mai. (4, 6): Is, qui rei publicae causa abest, in aliqua re laesus non restituitur, in qua etiam, si rei publicae causa non afuisset, damnum erat passurus.

Recht ganz [b]), einige wenigstens zum größten Theil weggefallen [c]), diese letzteren sind nach heutigem Recht ganz aus der Reihe der Restitutionen herausgetreten [d]). Es bleiben übrig die Restitutionen wegen Minderjährigkeit [e]), wegen Abwesenheit und aus der sich ihr anschließenden clausula generalis [f]), wegen Irrthums [g]).

§. 103.

Wer während der Minderjährigkeit [h]) und durch dieselbe, d. h. durch den diesem Alter gewöhnlichen Mangel an Erfahrung und Besonnenheit [i]) in Nachtheil gerathen ist, und zwar er selbst, nicht etwa

b) So die Restitution wegen capitis deminutio Dig. IV. 5, wegen alienatio iudicii mutandi causa Dig. IV. 7, wegen alienatio in fraudem creditorum vgl. §. 6 L. de action. (4, 6).

c) So die Restitution wegen metus Dig. IV. 2, wegen dolus Dig. IV. 3. (Dennoch soll nach Vangerow §. 177 Anm. 1 und Anderen diese Restitutio ihrer Kürze halber wieder eingeführt seyn. S. dagegen Ruhstrat, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. Neue Folge IV. 8 [1847]. Schliemann, vom Zwange S. 5 ff., läßt sogar die Restitution erst nach der actio und exceptio metus aufkommen. Vgl. aber L. 5 C. fin. in quib. caus. in int. r. n. non est. [2, 41]. R.)

d) Bey bonae fidei negotia bedurfte es schon nach R. R. keiner Restitution, um dem Betrogenen oder Gezwungenen zu helfen, dem Geist des heutigen Rechts gemäß ist dieß für alle Verhältnisse zu behaupten, d. h. der Schutz einer solchen Person ist überall als ein Grundsatz schon des ordentlichen Rechts zu betrachten. Auch der Grund, eine restitutio wegen Dolus der actio de dolo vorzuziehen, wegen der besonderen Folge der Infamia, die diese Klage hatte (L. 7 §. 1 De in int. rest.), fällt heutzutage mit dieser Folge weg. (Gegen diese Argumentation und für die heutige Anwendbarkeit der Restitution wegen Zwangs und Betrugs erklärt sich Savigny, System VII. S. 195 g. 209. 210. Schliemann, vom Zwange S. 41 f. S. 59 ff. R.)

e) Dig. IV. 4: de minoribus XXV annis. Cod. II. 22: de i. i. r. minorum. S. das Edict in L. 1 §. 1 D. h. t.

f) Dig. IV. 6. Cod. II. 54: ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur. S. das Edict in L. 1 §. 1 D. h. t.

g) Ein Edict über einen speciellen Irrthumsfall enthält: Dig. XXVII. 6: quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.

h) L. 3 §. 2 D. de minor. (4, 4). Nicht nach erlangter venia aetatis, L. 1 C. de his qui veniam (2, 45), und nach dieser Analogie nicht gegen Geschäfte, zu denen der minor eine öffentliche Autorisation erhalten hat, Glück, Commentar V. §. 458, weshalb denn auch nicht die Berufung eines minderjährigen Doctor iuris auf Rechtsunwissenheit zuzulassen ist.

i) L. 11 §. 3—5, L. 44 D. de minor. (4, 4), L. 24 §. 1 eod.: Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet. — Besondere Entscheidungen

blos Andere durch ihn[k]), der kann schon der Minderjährigkeit wegen Restitution suchen, vorausgesetzt, daß ihm nicht bereits das ordentliche Recht eine ausreichende Hülfe bietet[l]). Der Minderjährige verliert jene Berufung auf seine Unerfahrenheit durch ein doloses Verfahren bey dem in Rede stehenden Geschäft[m]), namentlich durch betrügliche Behauptung der Volljährigkeit[n]) (malitia supplet aetatem), aber auch durch den Eid, mit welchem er das Geschäft bestärkt hat[o]), und wo sie unsittlich oder unanständig wäre, weshalb die Restitution ausgeschlossen ist gegen ein von einem wenigstens Achtzehnjährigen zur Befreiung seiner Eltern, oder anderer von ihm beerbter Personen aufgenommenes Darlehn[p]), gegen nicht übermäßige Brautgeschenke, wenn die Ehe erfolglos ist[q]), gegen einen Vergleich naher Verwandten über ein ihnen gegenseitig auf den Fall des früheren Todes auferlegtes Fideicommiß[r]).

Diese Restitution der Minderjährigen ist auch den Gemeinden[s]), den Kirchen und milden Stiftungen[t]) durch die Praxis allen universitates personarum zugestanden worden[u]).

---

sind über folgende Fälle gegeben, in denen dieses Erforderniß als nicht vorhanden angenommen und daher die Restitution versagt werden soll: 1) gegen ein von einem filiusfamilias minor auf Befehl des Vaters aufgenommenes Gelddarlehn, L. 3 §. 4 eod., L. 2 C. de filiofam. minore (2, 23); (vgl. über diese Stellen Savigny, System VII. [1848] Beilage XVIII. Restitution der Minderjährigen, welche in väterlicher Gewalt stehen. R.) 2) gegen die Veräußerung eines Pfandes, das der Erblasser des Minderjährigen schon bestellt hatte, L. 2 C. si adv. vend. pign. (2, 29); 3) gegen eine unter Beobachtung aller Solennitäten eingegangene Zahlung, L. 25 C. de adm. tut. (5, 37), §. 2 I. quib. alien. licet (2, 8), wodurch das in L. 7 §. 2 D. de minor (4, 4), L. 1 C. si adv. solut. (2, 33) enthaltene ältere Recht modificirt ist.

k) L. 3 §. 4—11, L. 4. 5. 23. 24 pr. D. de minor. (4, 4).

l) §. 101 Note a. S. auch L. 12 §. 11 D. mand. (17, 1), L. 24 §. 4 D. de minor. (4, 4).

m) L. 9 §. 2. 5 D. eod.

n) L. 2. 3 C. si minor se maiorem dixerit (2, 43). (Dagegen: Savigny VII. S. 160. Ein Erkenntniß, welches die Restitution sogar dem Verschwender einräumt, s. bey Seuffert, Archiv III. 190. R.)

o) Auth. Sacramenta pub. C. si adv. vend. (2, 28).

p) Nov. 115 c. 3 §. 13 in f.

q) L. 1 C. si adv. donat. (2, 30).

r) L. 11 C. de transact. (2, 4).

s) L. 4 C. qu. ex caus. mai. (2, 54), L. 3 C. de iure reipubl. (11, 29).

t) c. 1—3. 6 X. de in int. rest. (1, 41).

u) Glück, Commentar VI. §. 465.

§. 104.

Großjährigen wird im prätorischen Edict die Restitution verheißen, 1) wenn ihre Abwesenheit aus gerechter Furcht oder im öffentlichen Dienst, oder auch Gefangenschaft (im Gefängniß oder beim Feind) und factische Sclaverei den Verlust und die Versäumniß eines Rechts veranlaßt hat, 2) wenn ein solcher Verlust sie betroffen hat, weil ihr Gegner (aus irgend einem Grund) abwesend oder im Gefängniß war oder sich verborgen hielt, oder weil er nicht wider Willen in ius durfte vocirt werden, und auch keinen Defensor hatte, gegen den in diesen Fällen hätte verfahren und dadurch der Verlust verhütet werden können, 3) wenn ihnen durch ein Hinderniß in der Person des Richters ein solcher Verlust zugezogen worden ist[v]). Diesen drey Fällen ist noch 4) die clausula generalis hinzugefügt: item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam[w]); diese enthält eine Erweiterung des Begriffs der absentia reipublicae causa[x]), eine Erstreckung auf andere Gründe unfreiwilliger Abwesenheit[y]), ja sogar freiwilliger des Benachtheiligten, wenn sie löblich und sonst wohlbegründet war[z]), sie erstreckt sich ferner auf die fingirten Abwesenheiten der Wahnsinnigen, Kinder und juristischen Personen[aa]), endlich auf andere Hindernisse der Geltendmachung und Ausübung eines Rechts von dem Belang, daß die Restitution gegen die Versäumung gerecht erscheint[bb]), und dahin gehören auch die Fälle, wo gegen eine Versäumung wegen eines entschuldbaren Irrthums restituirt wird[cc]).

v) S. L. 1 §. 1 D. ex. qu. caus. mai. (4, 6) und den Commentar in den folgenden Stellen des Titels. Vgl. auch hier und zu dem Folgenden Francke, Beiträge I. 3 (1828). (Jetzt vorzüglich: Savigny, System VII. [1848] §. 325—329. Bestritten ist die Erklärung der L. 39 D. h. t. Is qui rei publicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur. Vgl. Savigny S. 176—180, Fritz in Linde's Zeitschrift XIX. S. 68 f., Windscheid §. 119 Anm. 8, Arndts §. 120 Anm. 3. R.)

w) L. 1 §. 1 cit.

x) L. 26 §. 9, L. 33. 35 D. eod. Cod. II. 52: de uxoribus militum et eorum, qui reipublicae causa absunt.

y) L. 26 §. 9 D. ex qu. c. mai. (4, 6): — et generaliter quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit, dici oportet, si subveniendum. L. 28 §. 1 eod.

z) L. 26 §. 9, L. 28 pr. eod.

aa) L. 22 §. 2 eod., L. 124 §. 1 D. de R. I. (50, 17): furiosus absentis loco est —.

bb) L. 34 §. 1, L. 35 D. de serv. pr. rust. (8, 3), L. 1 §. 9 D. de itin. (43, 19), L. 3 §. 30 D. de S. C. Silan. (29, 5).

cc) L. 3 §. 31 D. eod., L. 7 D. de in int. rest. (4, 1). Bey der einjährigen Klagverjährung nur wenn nach Lage der Sache die Unkenntniß von der Veran-

Aber der Irrthum (immer seine Entschuldbarkeit vorausgesetzt, §. 57) ist in einigen Fällen als Restitutionsgrund nicht bloß gegen Unterlassungen, sondern auch gegen positive Handlungen anerkannt, und hier bildet er eine besondere von der clausula generalis verschiedene iusta causa restitutionis. So bey einem falso tutore auctore mit einem Pupillen geschlossenen Geschäft (§. 102 Note g), ferner für die Erbschaftsgläubiger, die zu ihrem Nachtheil auf Separation angetragen haben[dd]), für einen Kläger, der mit einem gegründeten Anspruch wegen falscher Begründung abgewiesen und durch die exceptio rei iudicatae ausgeschlossen ist[ee]).

D. Restitutionsgesuch.

§. 105.

Die Restitution muß bey dem competenten Richter[a]) in der gehörigen Zeit, nach älterem Recht in einem annus utilis, nach neuerem in einem quadriennium continuum gesucht werden[b]); die Frist läuft bey der Restitution wegen Minderjährigkeit von der Zeit der erlangten Großjährigkeit[c]), bey der Restitution wegen Abwesenheit und ähnlicher Hindernisse von der Zeit, wo sie gehoben sind[d]), ohne Rücksicht auf die Kenntniß der Restitutionsberechtigten von der Läsion[e]).

---

lassung der Klage ganz unüberwindlich war, L. 15 §. 5 D. quod vi (43, 24). außerdem nicht, durchaus nicht bey der mehrjährigen Klagverjährung, s. Savigny, System III. Beil. VIII. 25—27. Ueber einige besondere Fälle bey Frauen, Ungebildeten, Soldaten s. Savigny a. a. O. 31—33.

dd) L. 1 §. 17 D. de separat. (42, 6).

ee) L. 11 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2). Vgl. auch L. 2 eod. Dahin gehört namentlich die Abweisung der in rem actio, weil der vom Kläger angeführte Erwerbsgrund nicht erweislich war (s. §. 99 a. E.), immer natürlich einen iustus error vorausgesetzt.

a) Competent für die Restitution (iudicium rescindens) ist der Richter, welcher die Competenz für das iudicium rescissorium (das restituirte Rechtsmittel) hat, L. 3 C. ubi et apud quem cognitio i. i. restitutionis agitanda sit (2, 47), c. 9 X. de in int. rest. (1, 41), I. H. Böhmer ad h. l.

b) L. 7 C. de temporibus in integr. restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam etiam heredum eorum (2, 53).

c) L. 7 cit., L. 5 C. eod., L. 19 D. de minor. (4, 4). Bey den juristischen Personen, denen die iura minorum verliehen sind, von dem Zeitpunkt der Läsion, c. 1. 2 de in int. rest. in VI. (1, 21), clem. un. eod. (1, 11).

d) L. 1 §. 1, L. 28 §. 3 D. ex quib. c. mai. (4, 6).

e) Burchardi a. a. O. §. 27. Savigny, System III. S. 415. (Vermehren im Archiv für civ. Praxis XXXIX. [vgl. Keil daselbst XXXVIII. 16]. Ueber die Praxis Seuffert's Archiv III. 191 und dagegen I. 270, VIII. 10, XI. 204. Busch,

Das Restitutionsverfahren enthält drey Momente: 1) die Untersuchung und Entscheidung über die rechtliche, 2) über die factische Begründung des Gesuchs — die Verhandlung über beide Punkte bildet das iudicium rescindens[f]) —, 3) die Realisirung der ertheilten Restitution, welche bey den Restitutionen, die es noch nach heutigem Recht sind, in der Rescission der benachtheiligenden Thatsachen und Wiederherstellung eines dadurch verlorenen Rechts oder Rechtsmittels (Klage oder Vertheidigung) besteht, deren Wiederherstellung das iudicium rescissorium s. restitutorium, worin nun die restituirten Rechtsmittel gebraucht werden, zur Folge hat. Iudicium rescindens und rescissorium können verbunden werden, und werden es heutzutage gewöhnlich[g]).

Das Recht des Restitutionsgesuchs geht wie andere Klagen auf die Erben über[h]), nicht auf den Singularsuccessor, und eben so wenig hat es der Bürge aus der Person des Schuldners[i]).

E. Wirkung der Restitution.

§. 106.

Das Ziel der Restitution ist die Wiederherstellung des Zustands vor der Läsion, im Fall einer Versäumniß nur der Zeit, die durch den

Stimmen der Praxis (1862) S. 23. R.) Die herrschende Meinung war früher für diese Rücksicht, was mit der übermäßigen Erweiterung zusammenhängt, die man überhaupt diesem außerordentlichen Rechtsmittel zu geben geneigt war. Jenes wäre noch mehr als eine Restitution gegen die Restitutionsverjährung wegen Unkenntniß und Irrthums, die niemand billigen wird. Wer jene Ansicht um ihrer langen Uebung willen aufrecht erhalten wollte, müßte auch den leichtsinnigen Gebrauch, der vielmals von der clausula generalis gemacht worden ist, für eine verbindliche Praxis halten.

f) Die Entscheidung darüber hat die Wirkung einer sonstigen Sentenz, Cod. II. 44: si saepius i. i. r. postuletur. Während der Verhandlung soll der status quo erhalten werden, Cod. II. 50: i. i. r. postulata ne quid novi fiat. (Gegen die Spaltung des iudicium rescindens erklärt sich Savigny, System VII. S. 238. R.)

g) Ueber das römische Verfahren in dieser Beziehung s. Puchta, Cursus der Instit. II. §. 177. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Burchardi a. a. O. §. 23—26.

h) L. 6 D. de in int. rest. (4, 1), L. 18 §. 5 D. de minor. (4, 4).

i) Bestritten, vgl. Burchardi S. 407—416. (Savigny, System VII. S. 217—222. Keller, Pand. §. 104. R.) Die für die entgegengesetzte Ansicht angeführte L. 7 §. 1 D. de except. (44, 1): Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt — — idem dicitur et si pro filiofamilias contra S. C. quis fideiusserit, aut pro minore XXV annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit,

Restitutionsgrund verloren ging[a]). Die Wiederherstellung erstreckt sich auch auf den Gegner, auf keinen Fall soll der Impetrant auf dessen Kosten einen Gewinn machen[b]); dritten Personen kommt sie nur insofern zu Statten, als ihr Interesse von dem des Restituirten untrennbar ist[c]). Der Gegner aber, gegen welchen das Restitutionsrecht seine Wirkung äußert, bestimmt sich durch das zu restituirende Recht oder Rechtsmittel, es ist der, gegen welchen die zu restituirende Klage, oder Einrede gerichtet ist[d]), dem die zu rescindirende Klage, das aufzuhebende Recht zusteht[e]), nur daß im Nothfall nicht bloß gegen den, der durch den zu rescindirenden obligatorischen Umstand berechtigt worden ist, sondern auch gegen den nur mittelbar daraus Berechtigten restituirt wird[f]).

F. Beschränkung der Restitution.

§. 107.

Die Möglichkeit des Eingriffs in den Gang des ordentlichen Rechts, welche das außerordentliche Mittel der Restitution darbietet, könnte der rechtlichen Ordnung höchst gefährlich werden, wenn der Richter sich vermäße, von der ihm zugestandenen Macht anders, als

nec fideiussori danda est exceptio, enthält vielmehr den im Text ausgesprochenen Satz, eben so L. 95 §. 3 D. de solut. (46, 3), vgl. auch L. 24 pr. D. de minor. (4, 4) und unten §. 405 Note g.

a) L. 50 D. de minor. (4, 4), L. 26 §. 7. 8 D. qu. ex c. mai. (4, 6).

b) L. 54 §. 4, L. 27 §. 1, L. 40 §. 1 D. de minor. (4, 4). Cod. II. 48: de reputationibus, quae fiunt iudicio i. i. r.

c) Cod. II. 26: si in communi eademque causa i. i. r. postuletur.

d) L. 9 §. 4 D. quod metus (4, 2), L. 17 pr. D. ex qu. c. mai. (4, 6), L. 18 D. de interrog. in iure (11, 1).

e) L. 29 §. 2 D. de minor. (4, 4), Nov. 119 c. 6.

f) L. 9 pr. 13 §. 1, L. 14 D. de minor. (4, 4). Auf diesen letzten Punkt allein paßt die vulgäre Regel, die Restitution sey regelmäßig in personam, nur ausnahmsweise in rem — (s. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 160), die also viel zu beschränkt und unzureichend ist. (Wetzell, disp. de quaestione, adversus quem in integrum restitutio imploranda sit. 1850, läßt die Restitution nur gegen den mit dem Schaden des Imploranten Bereicherten, also nur gegen den Usucapienten und dessen Successoren zu, s. dagegen Seuffert §. 665 Anm. 28. Arndts §. 123 Anm. Windscheid §. 120 Anm. 2. 3 läßt die Restitution in rem (gegen den mittelbar Berechtigten) nur beim Zwang unbedingt zu, s. aber L. 17 pr. D. ex qu. c. mai. (4, 6), Arndts, nur wenn „das wiederherzustellende Verhältniß von absolutem Charakter ist, z. B. gegen eine vollendete Ersitzung", wenn dagegen die Restitution „ein obligatorisches Verhältniß betrifft", soll sie nur ausnahmsweise gegen Dritte gehen. Allein L. 13 §. 1, L. 15, L. 9 pr. D. de min. (4, 4), L. 1 C. si adv. vend. pign. (2, 29), L. 39 pr. D. de evict. (21, 2) betreffen ebenfalls nur

im Fall der Noth und mit der discretesten Vorsicht Gebrauch zu machen. Eine Schranke gegen den Mißbrauch liegt schon in der bisher dargestellten Theorie des Rechtsinstituts, wenn sie genau eingehalten wird. Unser Recht hat sich aber veranlaßt gesehen, noch durch besondere Beschränkungen die Möglichkeit unstatthafter Anwendung zu verringern, und manche Rechtsverhältnisse auch gegen dieses außerordentliche Mittel der Anfechtung sicher zu stellen.

1) In folgenden Fällen wird eine Restitution als schlechthin unbegründbar ausgeschlossen: wenn der Nachtheil ohne Vergleich geringer ist, als der durch die Restitution für Andere entstehen würde[a]), wenn der Nachtheil in dem Verlust einer Pönalklage besteht[b]), gegen die Folgen eines von dem Restitution Suchenden begangenen Delicts[c]), gegen Geschäfte mit den Eltern als solchen, d. h. sofern sie nicht in anderer Eigenschaft, z. B. als Vormünder, auftreten[d]).

2) Folgende rechtliche Thatsachen sollen durch keine Restitution umgestoßen werden können: fiscalische Veräußerungen[e]), Ehen nach einer auf dem Wesen der Ehe beruhendenden Praxis, die durch den Minderjährigen geschehene Repudiation oder Erwerbung einer Erbschaft, die ihm während der Kindheit zugefallen und von seinem Vater angenommen oder ausgeschlagen worden war[f]), endlich (was die wichtigste dieser Beschränkungen ist) die dreißig- und mehrjährige Verjährung[g]).

3) Die Beschränkung der Restitution auf eine kurze Zeit, innerhalb deren sie gesucht werden muß (§. 105), ist gesichert durch die

---

Veräußerung absoluter Rechte und lassen auch bey diesen nur im Nothfall, bey Insolvenz oder Unzulänglichkeit der Geldentschädigung, Restitution gegen den mittelbar Berechtigten zu. R.)

a) L. 4 D. de in int. rest. (4, 1), L. 24 §. 2 D. de minor. (4, 4), L. 18 D. ex qu. c. mai. (4, 6).

b) L. 37 pr. D. de minor. (4, 4), L. 18 D. ex qu. c. mai. (4, 6).

c) L. 9 §. 2—4, L. 37 §. 1 D. de minor. (4, 4). Doch mit Ausnahme solcher Fälle, wo die Unkenntniß des Verbots nachgesehen wird, §. 57 Note o bis r.

d) L. 2 C. qui et adversus quos in integrum restitui non possunt (2, 42), vgl. die unglossirte Nov. 155 c. 1. Ausnahmen jenes Grundsatzes hat man finden wollen 1) in L. 3 §. 6 D. de minor. (4, 4), L. 2 C. si adv. rem iud. (2, 17) — Burchardi S. 121 — 2) in L. 8 §. 1 C. de bon. qu. lib. (6, 61) — Vangerow, Leitfaden I. S. 288 — aber alle diese Stellen handeln gar nicht von Geschäften der Kinder mit den Eltern.

e) L. 5 C. de fide hastae fisc. (10, 3), vgl. L. 3 C. si adv. fiscum (2, 37).

f) L. 8 §. 6 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

g) L. 3 C. de praescr. XXX ann. (7, 39): — non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni —.

Ausschließung der Restitution gegen diese Verjährung[h]). Der Verzicht des Berechtigten, durch den die Restitution allerdings auch verloren werden kann, schließt indessen die Möglichkeit einer Restitution gegen ihn selbst, wenn ein Grund dazu besteht, nicht aus[i]).

L. 5 C. in qu. c. i. i. r. necess. non est (2, 41). Diese Ansicht, welche denn auch als die herrschende bezeichnet werden kann, ist sehr befriedigend gegen die entgegengesetzte vertheidigt von Savigny, System III. Beil. VIII. 27.

h) L. 20 D. de minor. (4, 4).

i) L. 3 §. 1. 2, L. 20 §. 1, L. 21. 30 D. eod. Cod. II. 46: si maior factus ratum habuerit.

Drittes Buch.

Von der Anwendung der Rechtsvorschriften auf die Rechtsverhältnisse.

Einleitung.

§. 108.

Die Anwendung des Rechts auf die Rechtsverhältnisse als richterliche Thätigkeit hängt ab 1) von der Existenz des anzuwendenden Rechtssatzes, von welcher der Richter sich zu überzeugen hat (§. 109), 2) von der Eigenschaft des Rechtsverhältnisses, diesem Rechtssatz unterworfen zu seyn. Auf welche Fälle ein Rechtssatz anzuwenden ist, entscheidet sich theils nach seinem besonderen Inhalt, theils bestehen darüber allgemeine, über den Inhalt der einzelnen Rechtssätze als solcher hinausreichende Regeln, welche hier ihre Stelle finden (§. 110—113).

I. Richterliche Kenntniß des Rechts[a]).

§. 109.

Das richterliche Urtheil ist bedingt durch die Kenntniß des Rechts und der Thatsachen, auf die das Recht anzuwenden ist. Die Kenntniß der letzteren wird dem Richter durch die Parteien verschafft, und darauf bezieht sich die Theorie des processualischen Beweises (§. 97. 98), die Kenntniß des Rechts ist seine von dem Einfluß der Parteien unabhängige Amtspflicht: iura novit curia. Zweierley ist in diesem Princip enthalten: 1) die Anwendung eines Rechtssatzes ist unabhängig von einer Allegation desselben durch die Parteien. Dieser Theil der Regel erleidet (zwar keine vollständige Ausnahme, aber) eine Modification dadurch, daß Rechtssätze zur Anwendung kommen können, deren Kenntniß ex officio dem Richter zuzumuthen unmöglich ist: auswärtiges Recht (§. 113) und einheimisches particuläres Gewohnheitsrecht,

a) Vgl. Puchta, das Gewohnheitsrecht Th. II. Bd. 3 Kap. 4.

sofern es nicht seinem Gerichtsbezirk angehört und überdieß aufgezeichnet ist. Hat er von diesem keine Kenntniß, so ist es die Sache der Parteien, ihn darauf hinzuweisen. 2) Der Richter hat sich selbst die Mittel der Rechtskenntniß und durch selbstständige Thätigkeit die Ueberzeugung von der Existenz des Rechtssatzes zu verschaffen. Auch dieser Theil der Regel wird bey jenen Rechtssätzen, die er ohne Vorwurf ignoriren kann, insoweit modificirt, daß er die Herbeischaffung der Mittel ihrer Kenntniß (z. B. der fremden Gesetze, der Fälle der Uebung, aus denen das Gewohnheitsrecht zu erkennen ist ꝛc.), sofern sie ihm nicht ohnedieß offen stehen, von den Parteien verlangen kann. Aber auch hier ist die Stellung des Richters eine ganz andere und selbstthätigere als gegenüber den Thatsachen, und die processualischen Grundsätze über die Beweisführung dürfen nie auf die Erkenntniß von Rechtssätzen irgend einer Art angewendet werden[b]).

II. Anwendbarkeit des Rechts.

A. Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen.

§. 110.

Kein Rechtssatz kann durch Privatwillen aufgehoben oder verändert werden (§. 17)[a]). Aber es giebt Rechtssätze, deren Anwendung auf die Fälle, die ihren Gegenstand ausmachen, durch Privatwillen ausgeschlossen werden kann, indem sie ihre Dispositionen nur für den Fall treffen, daß der Punkt, für den sie eine Regel geben, nicht durch eine gültige Privatdisposition geordnet worden ist. Diesem ius dispositivum, wie man es genannt hat, steht das ius cogens, das schlechthin gebietende oder verbietende Recht gegenüber, bey dem eine Ausschließung seiner Anwendung auf die Fälle, für die es bestimmt ist, eine Veränderung des Rechts selbst wäre, die nie in der Kraft des Privatwillens liegt.

---

b) Irrthümer: 1) die bestrittene Publication eines Gesetzes müsse von der allegirenden Partei bewiesen werden (weil dieß ein Factum sey), s. z. B. Glück, Comm. I. S. 137, Thibaut, System d. Pand. §. 25; 2) das Gewohnheitsrecht sey Gegenstand des Beweises, eine lange Zeit ausschließlich herrschend gewesene Meinung, s. dagegen Puchta a. a. O., vgl. Mittermaier, Grunds. des gem. D. Privatr. 6. Aufl. (1842) §. 27. (Keller, Pand. §. 3. Langenbeck, Archiv für civ. Pr. XL. S. 358 f. R.)

a) L. 38 D. de pactis (2, 14): Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. L. 2. 7 §. 7, L. 27 §. 4 eod., L. 27. 45 §. 1 D. de R. I. (50, 17).

B. Anwendung neuer Gesetze[a]).

§. 111.

Gesetze treten mit einem bestimmten Zeitraum in Wirksamkeit. Dieser ist regelmäßig der Tag der Publication, er kann aber auch ein späterer seyn, indem das Gesetz selbst den Anfang seiner Wirksamkeit hinausschiebt[b]), oder ein früherer, wenn der Gesetzgeber verordnet, das Gesetz solle so behandelt werden, als ob es schon zu einer bestimmten früheren Zeit gegeben worden wäre, und dieß geschieht stillschweigend, wenn er es als authentische Interpretation eines früheren Gesetzes giebt[c]).

Vor diesem Anfangspunkt seiner Wirksamkeit hat das Gesetz keine Kraft, nur auf die Fälle, die neuer sind als jener Moment (wie er sich auch bestimmen möge), nicht auf die früheren (auf facta futura, nicht auf facta praeterita) ist das Gesetz anzuwenden[d]). Die wichtige Frage aber ist, wie sich das Alter der Fälle bestimme[e]). Die

---

a) Zu den überaus zahlreichen Bearbeitungen dieser Lehre, die sie besonders in Zeiten umfassenderer Aenderung von Gesetzgebungen erfahren hat, gehören: A. D. Weber, über die Rückanwendung positiver Gesetze, 1811, Borst, über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverh. 1814, Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatr. 1818, Georgii, Archio für civ. Pr. III. 12 (1818), Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. S. 63 ff. (Ueber Verjährungsgesetze: Stephan, Archiv für civ. Pr. XXXII. [1849] 6, v. Scheurl, Beitr. [1852] I. Nr. 6 S. 143—148; über die ganze Lehre aber vor Allen Savigny, System VIII. [1849]: zeitliche Collision der Rechtsregeln, welcher wesentlich zwischen den Regeln über den Erwerb der Rechte und das Daseyn ganzer Rechtsinstitute unterscheidet und das Princip der Nichtrückwirkung oder Schonung wohlerworbener Rechte nur auf erstere bezogen wissen will, wogegen jedoch v. Scheurl a. a. O. S. 137—143 mit Recht erinnert, daß Nichtrückwirkung und Schonung wohlerworbener Rechte nicht zusammen fallen, erstere vielmehr auch auf Gesetze Anwendung findet, welche ganze Rechtsinstitute aufheben, die Vernichtung müßte denn nicht bloß für die Zukunft, sondern rückwärts ausgesprochen seyn. R.)

b) Die Meinung älterer Juristen, daß jedes Gesetz im Zweifel erst zwey Monate nach der Publication anwendbar werde, wegen Nov. 66 c. 1, ist ein entschiedenes Mißverständniß dieses Gesetzes, welches keineswegs eine allgemeine Regel enthält.

c) Nov. 19 pr., Nov. 143. Auch von dem zurückbezogenen Gesetz sind auszunehmen 1) durch Urtheil oder Vergleich entschiedene Sachen, weil sie überall keine Objecte für die Rechtsanwendung mehr sind, Nov. 19; 2) in der Appellationsinstanz schwebende, weil der Appellationsrichter das Urtheil der früheren Instanz nach dem damals geltenden Recht zu prüfen hat, N. 115 c. 1.

d) L. 7 C. de leg. (1, 14).

e) Mehr oder weniger willkürlich, und für die Ableitung eines Princips daraus

Frage hat keine Schwierigkeit, wenn es sich um eine Thatsache handelt, die einen bestimmten Zeitpunkt einnimmt (z. B. der Act der Abschließung eines Rechtsgeschäfts); nimmt sie einen Zeitraum ein (z. B. Usucapion, Verjährung, die Ehe, wo sie ihrer ganzen Dauer nach zur Sprache kommt), so ist sie kein factum praeteritum, wenn sie zu der Zeit, wo das neue Gesetz in Kraft trat, noch nicht vollendet war, und ebenso auch die Wirkung einer vergangenen Thatsache, wenn sie nicht mit dieser ihrer Quelle so unzertrennlich zusammenhängt, daß mit ihr auch diese vergangene Thatsache unter das neue Gesetz gestellt würde (z. B. Geltendmachung eines früher geschlossenen, später verbotenen Vertrags). Zu diesen Principien kommt (theils sie bestätigend, theils modificirend) noch ein negatives, eine Schranke gegen die Anwendung des neuen Gesetzes: diese muß unterbleiben, wo schon erworbene Rechte dadurch verändert werden würden[f]).

C. Personen, auf welche das Recht anzuwenden ist.

§. 112.

Je nachdem von den beiden Seiten des Staats, die persönlichen, wonach er ein Inbegriff von (überdieß durch Nationalität verbundenen) Personen ist, und der sachlichen, wonach ihm ein bestimmtes Territorium entspricht, die eine oder die andere das Uebergewicht hat, wird entweder die Nationalität (wie nach älterem römischen Recht, und bey den germanischen Völkern des früheren Mittelalters), oder das Verhältniß zu dem Territorium, Domicilium und bloßer Aufenthalt (wie heutzutage seit dem späteren Mittelalter) die Personen bestimmen, auf welche das Recht anzuwenden ist. Jenes ist das Princip der persönlichen Rechte, dieses das der Territorialität des Rechts[a]). Der heutige

untauglich sind die Entscheidungen in L. 27 C. de usur. (4, 32): sofortige Beurtheilung laufender Zinscontracte, nach einem neuen Zinsgesetz; L. un. in f. C. de rei ux. act. (5, 13): durchgängige Beschränkung eines Dotalgesetzes auf künftig gegebene dotes; Nov. 66 c. 1 §. 4. 5: Beurtheilung auch des Inhalts eines Testaments, wenn gleich der Testator unter der Herrschaft des neuen Gesetzes gestorben ist, nach dem alten Recht. Alle diese Entscheidungen sind individuelle, keine Regeln.

f) (Die anderweit behauptete Beschränkung neuer Verjährungsgesetze: wenn sie eine Rechtsverfolgung abschneiden, welche der Kläger blos im Vertrauen auf das sichere Gesetz unterließ, ohne sich einer Nachläßigkeit oder Versäumniß schuldig gemacht zu haben, — Herrmann, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. II. 3 [1845] — würde einen Ausdruck voraussetzen, der durch bloße Interpretation nicht hineingetragen werden kann, §. 15 p. Abgesehen hiervon, bedarf es einer Restitution, §. 104 bb. cc. R.)

a) S. über die Geschichte dieser Principien Savigny, Geschichte des R. R. im M. A. I. Kap. 3.

Rechtszustand ist: das Recht gilt in einem gewissen Bezirk und ergreift alle Personen, die sich auf demselben und in Rechtsverhältnissen befinden[b]), ohne Unterschied der Abstammung, ja sogar regelmäßig ohne Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden (§. 45). Die Frage, ob der Regent in seinen Privatverhältnissen (also als Privatperson) dem Privatrecht seines Landes unterworfen sey? ist aus inneren Gründen zu bejahen, und eine andere Antwort giebt auch nicht das römische Recht[c]).

D. Anwendung der Rechte verschiedener Territorien[a]).

§. 113.

Der Grundsatz der territorialen Gültigkeit des Rechts (§. 112) kann die Rechte verschiedener Territorien in einem Fall anwendbar

---

b) Versteht sich, soweit sie den übrigen Voraussetzungen des in Rede stehenden Rechtssatzes entsprechen, also z. B. bey einem auf eine gewisse Classe von Personen beschränkten (ius speciale) zu dieser Classe gehören.

c) L. 8 §. 2 D. de inoff. test. (5, 2), L. 23 D. de leg. III (32), L. 4 C. de legib. (1, 14), L. 3 C. de testam. (6, 23), §. 8 I. qu. mod. test. infirm. (2, 17). Nov. 105 c. 2 §. 4. — L. 31 D. de legib. (1, 3): Princeps legibus solutus est (cf. Lex de imperio Vespasiani, Haubold, monumenta legalia p. 223), Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent (Ulpian. lib. XIII ad L. Iuliam et Papiam) bezieht sich auf Strafgesetze.

a) Die neuesten Bearbeitungen dieses viel behandelten Gegenstands sind: Wächter, über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, Archiv für civ. Praxis XXIV. S. 230—311. XXV. S. 1—60. 161—200. 361—419 (1841. 1842), ausgezeichnet durch eine gründliche Auseinandersetzung der verschiedenen Ansichten (Savigny, System VIII [1849] S. 1 f.: örtliche Collision der Rechtsregeln. Er verwirft die Unterscheidung zwischen Rechten verschiedener Provinzen desselben Staats und Rechten verschiedener Staaten, weil sie eine Schroffheit des internationalen Verhältnisses voraussetzt, die mit dem wachsenden Verkehr der neueren Zeit immer mehr verschwindet. Das gemeinsame Princip ist vielmehr Anwendung des Rechts des Bezirks oder Staats, dem das Rechtsverhältniß — durch den Wohnsitz der Person, die Lage der Sache oder den Abschluß des Geschäfts im Landgebiet — angehört. Von diesem Princip machen nur die absoluten Verbote und die Proceßformen Ausnahmen, welche in keiner Weise zur Regel erhoben werden dürfen. Abweichend: Leop. Pfeiffer, die Principien des internationalen Privatrechts [1851], Thöl, Einl. in das deutsche Privatrecht [1851] §. 71—85. Der Erstere stellt die Anwendung des Rechts des angerufenen Richters als ausnahmsloses Princip hin, während der Letztere es nur als das zunächst anzuwendende betrachtet. R.) Ausländer: Story com. on the conflict of laws, Boston 1834. Burge, com. on colonial and foreign laws etc., London 1838. Foelix, tr. du droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations etc., Paris 1843.) Von der älteren Literatur sind ihres mehr oder weniger dauernden Einflusses wegen hervorzuheben: Bartolus ad L. 1 C. de summa trin. Paul. Voet, de statutis eorumque concursu

machen und somit eine Collision derselben veranlassen, da eine Person, deren Rechtsverhältnisse beurtheilt werden sollen, dem einen Territorium durch ihr Domicilium zugehören, dem Recht eines anderen durch ihren momentanen Aufenthalt unterworfen seyn, daselbst ein Geschäft abgeschlossen haben, oder sonst in Rechtsverhältnisse getreten seyn, und endlich eine Sache erworben haben kann, die sich wieder in einem anderen befindet.

Dieser Conflict ist möglich zwischen Rechten verschiedener Orte desselben Staats und zwischen Rechten verschiedener Staaten.

Im ersten Fall tritt, was die Natur der Verhältnisse fordert, rein in Wirksamkeit[b]). Als der stärkste Grund der Unterwerfung unter das Recht des Territoriums muß das Domicilium gelten, die Regel ist daher, jede Person wird in ihren Rechtsverhältnissen nach dem Recht ihres Domiciliums beurtheilt, und wo mehrere Personen concurriren, ist im Collisionsfall das Recht des Verpflichteten und dessen, in dessen Rechte der Andere eintreten soll, anzuwenden. Ausnahmsweise sind Rechte an Grundstücken (Natur, Erwerb, Verlust derselben) nach dem Recht des Orts, wo sie liegen und die äußere Form der Rechtsgeschäfte nach dem Recht des Orts, wo sie errichtet werden, zu beurtheilen, ja selbst der Inhalt des Geschäfts, wenn dieses eine örtliche Beziehung hat (z. B. Handelsgeschäfte an einem Handelsplatz)[c]).

1601. H. de Cocceii, de fundata in territorio et plur. loc. concurr. potestate 1684. Hert, de collisione legum. 1688. (Eine weitere Ausführung des Savigny'schen Princips mittels einer Verarbeitung der deutschen und ausländischen Literatur, der Präjudicien der Gerichtshöfe, zum Theil auch der Gesetzgebungen einzelner Länder versucht die reichhaltige und übersichtliche Detailuntersuchung von L. v. Bar, das internationale Privat- und Strafrecht, 1862, aus welcher §. 34—115. S. 112—416 das Privatrecht betreffen. R.)

b) Scheinbar die natürlichste Theorie wäre nach den drey Gründen der Unterwerfung unter das Recht eines Territoriums: Domicilium der Person, Erwerb einer darauf befindlichen Sache, Eintritt in andere Rechtsverhältnisse — so zu entscheiden: 1) die Person betreffende Rechte werden beurtheilt nach dem Recht des Domiciliums (statuta personalia), 2) Rechte an Sachen nach dem Recht des Territoriums, wo die Sachen sind (statuta realia), 3) andere Rechte nach dem Recht des Orts, wo das sie begründende Geschäft errichtet worden ist (statuta mixta). Und dieß war die in früherer Zeit herrschende Theorie, die aber in ihrer Anwendung so viele Ungewißheit läßt, daß ihre Anhänger nie zu einem einigermaßen genügenden Einverständniß gelangen konnten, wodurch die Unbrauchbarkeit derselben sich hinlänglich offenbart hat. Dieß wird vermieden werden, wenn wir einen bestimmten Satz als Regel zu gewinnen suchen, auf die wir stets zu recurriren haben, wenn eine Ausnahme nicht als vollkommen begründet erscheint.

c) Soweit ist die Regel: locus regit actum richtig. Die Vermuthung dagegen, daß die Parteien sich durch die Vornahme des Geschäfts freiwillig, soweit dieß von

Endlich können schon begründete juristische Thatsachen durch Veränderung des Domicils so wenig einem anderen Recht unterstellt werden, als dieses bey einer Veränderung der Gesetzgebung der Fall ist (§. 111)[d]).

Im zweiten Fall, wo es sich um die Möglichkeit einer Anwendung auswärtigen Rechts handelt, tritt ein neues Moment hinzu: das natürliche Princip, daß der Richter nur das Recht seines eigenen Volks und Staats anzuwenden berufen ist[e]). Dieses Princip macht jede Beurtheilung eines Fremden, der vor inländischen Gerichten zu Recht steht, nach dem Recht seiner Heimath, oder eines Inländers nach einem ihm fremden Recht zu einer singulären Ausnahme, soweit sie sich nicht auf den Grundsatz zurückführen läßt, daß ein Staat, indem er den Fremden als Rechtssubject anerkennt, ihm auch die schon erworbenen Rechte (vorausgesetzt solche, deren Möglichkeit er überhaupt anerkennt) zugesteht, mit anderen Worten, daß er dessen Wirksamkeit als Person nicht erst von dem Augenblick datirt, wo derselbe mit seinem Recht und den es schützenden Anstalten in Berührung kommt. Als gemeinrechtlich ist außerdem nur folgende Ausnahme zu betrachten: ein auswärts errichtetes Rechtsgeschäft ist von Seiten der Form (aber auch nur von dieser Seite) als gültig zu behandeln, wenn es in dieser Hinsicht entweder dem einheimischen, oder auch nur dem Recht des Errichtungsorts genügt[f]).

ihrem Belieben abhängt, dem Recht des Geschäftsorts unterworfen haben, ist nicht begründet.

d) Dahin gehören aber nicht die Vermögenswirkungen, welche das Recht der Ehe in ihrer ganzen Dauer beilegt, also abgesehen von den durch Vertrag festgesetzten. Um dem, unter Umständen allerdings unbequemen und inconvenienten, Wechsel des gesetzlichen Güterrechts unter Ehegatten mit dem Domicil zu entgehen (wogegen aber die Möglichkeit des Vertrags eine Hülfe gewährt), ist man auf die unpassende Auffassung dieses Rechts als einer stillschweigenden Uebereinkunft der Ehegatten gekommen, so auch Wächter a. a. O. XXV. S. 49 ff., s. dagegen Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. S. 78 f.

e) Wo ein gemeines Recht mehrere Staaten verbindet, und der Fall sich für dieses eignet, fällt der Conflict weg.

f) Vgl. Wächter a. a. O. XXV. S. 368—380. 405—407.

Viertes Buch.

Die Rechte an der eigenen Person.

Erstes Kapitel.

Das Recht der Persönlichkeit.

I. Entstehung.

§. 114.

In dem Menschen, dem natürlichen Subject der Persönlichkeit (§. 22. 25), gestaltet sich diese selbst zu einem Recht, welches der Person zusteht, und dessen Gegenstand sie selbst ist[a]). Dieses Recht entsteht mit der Existenz des menschlichen Individuums, also mit der Geburt des Menschen. Keine Personen sind die Ungebornen[b]), die Todt-

a) Vgl. Puchta, Cursus der Inst. I. §. 30.

b) L. 9 §. 1 D. ad L. Falc. (35, 2): — partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. L. 1 §. 1 D. de inspic. ventre (25, 4): — partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. L. 161 D. de V. S. (50, 16): non est pupillus, qui in utero est. Berücksichtigung der künftigen Persönlichkeit: L. 7. 26 D. de statu hom. (1, 5), L. 231 D. de V. S. (50, 16). (Vermöge dieser Berücksichtigung hat schon der Ungeborne Persönlichkeit, jedoch nur eine juristische, wie die hereditas [§. 115 a], vorausgesetzt daß er ein liber venter ist: L. 3 D. si pars [5, 4] und nicht todt geboren wird, L. 129 D. de V. S. (50,16). Dieß drückt die Regel aus pro iam nato *habetur*, d. h. er wird in gewisser Beziehung einer natürlichen Persönlichkeit gleichgestellt, L. 30 §. 1 D. de adq. hered. (29,2), z. B. in Betreff der edictalen Rechtsmittel zum Schutz der Identität, der Geburt und des Erbrechts, Rudorff, edictum perpetuum §. 122—125.151. Insofern beginnt mit der Geburt nur der Mensch, nicht die Person. Vgl. §. 22 a. Dagegen Brinz, Pand. §. 15: „Vielleicht aus mehr als einem Grunde"; allein der erheblichste dürfte in dem „Zweckvermögen" liegen, worauf man den Begriff der juristischen Person aber nicht beschränken darf; ferner Windscheid §. 52 Anm. 5: „Daraus würde folgen, daß er erwürbe, und wenn er hinterher nicht als rechtsfähiger Mensch geboren würde, das Erworbene wieder verlöre." Dieß würde jedoch nur dann folgen, wenn jedes Recht unmittelbar mit der Existenz erworben würde, welches keineswegs der Fall ist, namentlich dann nicht, wenn der Ungeborene als ein Nachgeborener (postumus) bezeichnet, folglich die Geburt vorausgesetzt ist. Vgl. L. 7 pr. D. de reb.

gebornen[c]), die Fehlgebornen überhaupt[d]), die Mißgebornen (monstra)[e]).

II. Aufhebung.

§. 115.

Das Recht der Persönlichkeit endigt sich mit dem Daseyn des menschlichen Individuums, also mit dem Tod[a]). Die Ungewißheit des Todes kann durch eine rechtliche Vermuthung desselben beseitigt werden, welche, die (durch richterliche Citation zu constatirende) Verschollenheit des Menschen vorausgesetzt, eintritt mit der Ueberschreitung des Alters von siebenzig, oder bey später eintretender Verschollenheit von achtzig Jahren (Psalm 90, 10), oder wenn auch dieses Alter vor die Verschollenheit fällt, nach fünf Jahren[b]) eine Vermuthung

dub. (34, 5). In der zweiten Ausgabe entgegnet Windscheid: „wenn der Ungeborne nicht erwerbe, wozu dann die juristische Persönlichkeit?" In der That aber erwirbt er die Rechte, zu deren Erwerb keine menschliche Persönlichkeit und Willensthätigkeit erforderlich ist, z. B. die genannten Klagen, die Erbansprüche des Concipirten, des Postumus, die missio ventris, die Vermehrungen der Erbschaft. Vangerow §. 32 Anm. 2, auf den sich Windscheid beruft, läugnet die Persönlichkeit des venter nur deshalb, weil er darunter nicht die Rechtsfähigkeit, sondern die Existenz als Mensch versteht. Der Ungeborene ist also in der That ein durch die Rechtsordnung anerkanntes Rechtssubject, nur wird er, insofern sich in ihm die Hoffnung einer künftigen natürlichen Persönlichkeit darstellt, keiner andern juristischen, sondern dieser letztern gleichgestellt (pro *iam nato* habetur). R.)

c) L. 129 D. de V. S. (50, 16). Das Kind muß bis zur vollendeten Geburt gelebt haben, L. 3 C. de postum. (6, 29).

d) L. 2 C. eod.: Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, iuris evidentissimi est. Vgl. L. 12 §. 1 D. de lib. et post. (28, 2): Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit. Ein Abortus aber ist nicht blos (und nicht immer) das todtgeborne Kind, sondern das unreife, dessen selbstständiges Leben darum unmöglich, und dessen Trennung eigentlich keine Geburt ist. Dieses Erforderniß der Vitalität hat man öfters irrthümlich in das Erforderniß, nicht vor dem siebenten Monat geboren zu seyn, verwandelt — wegen der §. 41 Note h cit. Stellen, die gar nicht hieher gehören; ebenso unrichtig aber wird es von mehreren neueren Juristen ganz geleugnet, s. z. B. Vangerow, Leitfaden I. S. 55 f., vornehmlich aber Savigny, System II. Beil. III. Vgl. dagegen Puchta in Richter's und Schneider's krit. Jahrb. 1840. S. 680 f. (Paul. sent. IV. 9 §. 1. 5. 6, Brinz I. S. 31, Wächter, im Archiv für civ. Pr. (1867) No. 1. R.)

e) L. 3 in f. C. de postum. (6, 29), L. 14 D. de statu hom. (1, 5), L. 135 D. de V.S. (50, 16), vgl. Savigny, System II. S. 9 f.

a) Die Persönlichkeit, die den Tod überdauert, ist nur die juristische, in dem hinterlassenen Vermögen fingirte (§. 27). Die Beschimpfung z. B. eines Verstorbenen ist keine Injurie gegen ihn, sondern gegen den Erben, L. 1 §. 4.6 D. de iniur. (47, 10).

b) (Wegen L. 66 D. ad L. Falc. (35, 2) ohne Rücksicht auf L. 56 D. de usufr. (7, 1). Glück VII. §. 562 Note 89 rechnet $2^1/_2$ Jahr wegen Nov. 119 c. 8. R.)

aber, die durch ein richterliches Decret (Todeserklärung) bestätigt werden muß[c]). Dieses Rechtsinstitut ist neueres Gewohnheitsrecht[d]), dagegen enthält das römische Recht einige Vermuthungen über die Zeit des (gewissen) Todes für den Fall, wenn zwey Personen gemeinschaftlich durch dasselbe Ereigniß eines gewaltsamen Todes gestorben sind, ohne daß sich ermitteln läßt, welche früher oder später. Wenn es Kinder und Eltern sind, so soll der Tod der unmündigen Kinder vor den Eltern, der Eltern vor den mündigen Kindern vermuthet werden[e]), nur überwiegt noch die Vermuthung für den dem patronatischen Erbrecht[f]), oder einem Fideicommiß[g]) günstigen früheren Tod. Außerdem gilt die Regel, es hat keiner den Anderen überlebt[h]).

---

c) Controverse über den Zeitpunkt des vermutheten Todes: 1) Zeitpunkt der Verschollenheit, Pufendorf, observ. IV. 84, 5 und die das. cit. älteren Praktiker; 2) Zeitpunkt des zur Todeserklärung berechtigenden Alters, Glück, Commentar VII. S. 496 ff. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. II. 4. 5. Savigny, System II. §. 63; 3) Zeitpunkt der gerichtlichen Todeserklärung, Eichhorn, deutsches Privatr. §. 327. Vangerow, Leitfaden I. S. 57 f. (anders und zwar ebenfalls für Nr. 2 jetzt in der 7. Aufl. §. 33. — In Ansehung der Lebensvermuthung bis zu jenem Alter, vermöge deren der Verschollene bis dahin Erbschaften und Vermächtnisse erwerben könnte, besteht noch immer kein festes Gewohnheitsrecht. Dafür ist Bruns (Noted) S. 168 f., S. 193 f., Steinberger (ebenda) S. 693, Windscheid §. 53 Anm. 2. Dagegen: Cropp, Abh. II. 5, Schäffer in Linde's Zeitschr. N. F. V. 8, Bopp, daselbst. N. F. XVI. 12, Zink, Bl. für Rechtsanwendung XXVI. Nr. 2—4. [1861], Keller §. 21. Seuffert's Archiv XIV. S. 250. XV. Nr. 200. R.)

d) (Ueber die Entwickelung dieses Gewohnheitsrechts s. vornehmlich Bruns, die Verschollenheit im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts I. 5 [1857]. Vgl. Steinberger in Weiske's Rechtsler. XII. S. 693—712. R.)

e) L. 9 §. 1. 4, L. 22. 23 D. de reb. dub. (34, 5), L. 26 pr. D. de pact. dot. (23, 4). Mühlenbruch, über die Priorität des Todes Archiv für civ. Praxis IV. 27 (1821), dehnt dieß zu der Regel aus, daß Unmündige vor den Mündigen sterben, s. dagegen Vangerow, Leitfaden I. S. 59. Savigny II. §. 22. (Thibaut 6. Aufl. §. 211, arg. L. 15 pr. D. de inoff. test. (5, 2) „turbato ordine mortalitatis“ sogar zu der Vermuthung, daß die älteren Personen früher sterben, zurückgenommen in der 8. Aufl. §. 122 c. — Den Untergang in erwiesener gemeinschaftlicher Lebensgefahr hält Arndts §. 27 Anm. 1 für unwesentlich, arg. L. 11 pr. D. de b. p. sec. tab. (37, 11) „duobus (impuberibus) peregre defunctis“. Aber die Entscheidung beruht wesentlich darauf, daß qui supremus moriotur nicht nothwendig der ist, welcher zuerst stirbt, sondern nach dem erweislich kein Anderer stirbt, L. 34 pr., L. 42 pr. de vulg. (28, 6), L. 92 D. de V. S. (50, 16), L. 9 pr. D. de reb. dub. (34, 5) dies macht das Argument a contrario unsicher. R.)

f) L. 9 §. 2 D. de reb. dub. (34, 5).

g) L. 17 §. 7 D. ad S. C. Trebell. (36, 1). Bey dieser Vermuthung wird aber vorausgesetzt, daß der Fideicommissar nicht mit dem Erbrecht der Mutter in Collision kommt, L. 34 D. eod.

h) L. 9 pr. §. 3, L. 16—18 D. de reb. dub. (34, 5). In Beziehung auf Schenkungen, die durch den Tod des Schenkers perfect werden, wird diese Regel so ge-

Eine andere Endigung des Rechts der Persönlichkeit als den Tod giebt es nach heutigem gemeinen Recht nicht. Verlust der Freiheit, welcher die Person vernichtete, ist nicht mehr möglich, der Verlust des Bürgerrechts, welcher die Person aus dem Kreis des Jus civile wegnahm, hat mit der Civität selbst seine Natur im heutigen Recht ganz verändert, und ist für das Privatrecht von kaum merklicher Bedeutung.

III. Minderung.

A. Die Lehre vom Status und der Capitis Deminutio.

§. 116.

Das römische Recht knüpft die Stellung des Menschen im Recht, von der seine Persönlichkeit abhängt, den status hominum, das ius personarum, an drey Bedingungen: libertas, welche die Menschen in Freie und Sclaven scheidet, civitas, welche die Freien in cives, latini peregrini theilt, familia, wodurch die Cives entweder sui iuris oder alieno iuri subiecti (in potestate, manu, mancipio) sind, — Bedingungen, von welchem im justinianischen Recht die zweite (und mit ihr die ihr entsprechende Eintheilung) außer Gebrauch gesetzt, die dritte aber durch den Wegfall der manus und des mancipium beschränkt, und somit die ihr entsprechende Eintheilung auf die in patresfamilias und filiaefamilias reducirt ist. Eine Minderung der Rechtsfähigkeit, die eine Veränderung im Status (prioris status permutatio) in sich schließt, heißt capitis deminutio, und es giebt eine c. d. 1) maxima, wodurch die Freiheit, und damit auch die zweite und dritte Bedingung der Rechtsfähigkeit verloren wird, und die daher keine bloße Minderung, sondern eine gänzliche Aufhebung der Persönlichkeit, eine rechtliche Nullificirung des Menschen enthält, 2) media, wodurch die Civität und damit auch die dritte Bedingung untergeht, 3) minima, die eine Veränderung der familia und damit den Verlust der Agnationsrechte enthält (also nach dem Recht, wie es sich schon zur Zeit der römischen Juristen gestaltet hatte, nicht wesentlich eine Minderung der Rechtsfähigkeit), zugleich aber noch besondere Wirkungen hat, die indessen im justinianischen Recht weggefallen sind[a]).

---

wendet, daß die Schenkung erhalten wird, L. 8 eod., L. 32 §. 14 D. de don. inter vir. et ux. (24, 1), L. 26 D. de mortis causa don. (39, 6).

a) Das Nähere über alles dieses s. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 210—220. (Dagegen: v. Scheurl, Beitr. I. [1852] No. IX., welcher jede, selbst die minima capitis deminutio nicht als bloße Verminderung der Rechtsfähigkeit, sondern als Untergang der ganzen privatrechtlichen Persönlichkeit [bürgerlichen Tod] auffaßt, und daher auch mit Hugo und Böcking, Instit. §. 58 nicht De-, sondern Diminutio schreibt. R.)

Diese ganze Lehre, die schon im justinianischen Recht ihren inneren Zusammenhang verloren hatte, und darin nur in Bruchstücken und in Reminiscenzen, die des praktischen Gehalts entbehren, erscheint, ist für das heutige Recht eine bloße Antiquität; das Herüberziehen der römischen Terminologie von Status und Capitis Deminutio auf heutige Rechtszustände könnte nur die Folge haben, die Auffassung dieser und die Kenntniß der römischen zugleich zu trüben und zu verwirren[b]).

B. Stufen der Persönlichkeit nach heutigem Recht.

§. 117.

Die Persönlichkeit hat in dem heutigen Privatrecht eine doppelte Richtung: 1) auf die allgemeinen, keinen besonderen Stand voraussetzenden Rechte, wohin namentlich alle die Rechte gehören, die sich auf das römische Recht gründen, 2) auf die Standesrechte, welche die Mitgliedschaft in einem mit einer besonderen Rechtssphäre versehenen Stand voraussetzen. Auf jene bezieht sich die allgemeine oder bürgerliche Rechtsfähigkeit (welche zugleich die Grundlage der gemeinen bürgerlichen Ehre ist §. 119), auf diese die besondere oder Standesrechtsfähigkeit (welcher die Standesehre entspricht). Wie die Rechte, wozu diese letztere befähigt, so fällt auch sie selbst nicht in den Kreis des gemeinen Civilrechts. Die allgemeine Rechtsfähigkeit aber enthält zwey Hauptstufen: 1) Das Recht der Persönlichkeit überhaupt, welches (abgesehen von dem natürlichen Tod) nicht aufgehoben (§. 115), aber gemindert werden kann, durch Ehrenminderung (§. 119); 2) das Recht der selbstständigen Persönlichkeit, welches aufgehoben werden kann durch Unterwerfung unter die väterliche Gewalt.

§. 118.

Das Recht der selbstständigen Persönlichkeit hat der Paterfamilias, der homo sui iuris, es fehlt dem Filiusfamilias, der unter väterlicher Gewalt stehenden Person. Die Differenz der Persönlichkeit des Filiusfamilias von dem Recht der selbstständigen Persönlichkeit beruht auf dem Einfluß, den die Unterwerfung unter die väterliche Gewalt auf die Rechtsfähigkeit hat[a]). Dieser Einfluß besteht darin, daß der Filiusfamilias kein selbstständiges Vermögen hat[b]). Keinen Einfluß äußert

b) Savigny, System II. §. 75.

a) Vgl. Savigny, System II. §. 67. 71—74, vgl. S. 150. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 219.

b) Das Princip des alten Rechts war Unfähigkeit, Vermögensrechte zu haben, das Princip des neuen ist Unfähigkeit, über das Vermögen irgendwie zu disponiren. Beides bringt in Beziehung auf die Persönlichkeit nahezu dieselben praktischen

daher die väterliche Gewalt auf die öffentlichen Rechte (wenn sie nicht ausnahmsweise ein selbstständiges Vermögen voraussetzen)[c]), und auf die reinen Familienrechte. Was aber das Vermögensrecht anlangt, so steht die väterliche Gewalt der Schuldenfähigkeit und der Fähigkeit, Beklagter zu seyn, nicht entgegen[d]). Active Vermögensrechte kann der Filiusfamilias nach neuem Recht haben, aber sie stehen regelmäßig unter dem Gubernium des Vaters, daher hat sich der alte Grundsatz erhalten, daß er nicht als Kläger auftreten kann[e]), wenn nicht als Procurator eines anderen Berechtigten[f]). Noch mehr steht die väterliche Gewalt Rechtsgeschäften und Processen zwischen Vater und Sohn entgegen. Der Mangel eines selbstständigen Vermögens macht endlich den Filiusfamilias unfähig, ein Testament zu errichten. Es giebt Güter, welche durch singuläres Recht dem Einfluß der väterlichen Gewalt entzogen sind; in Beziehung auf diese sind auch, soweit diese Befreiung reicht, jene Beschränkungen der Persönlichkeit außer Wirkung gesetzt[g]).

Resultate hervor. (Scheurl a. a. O. nimmt auch nach altem Recht keine Unfähigkeit, sondern nur ein Gebundensein durch das alienum ius an: allein darin liegt zugleich auch eine Rechtsunfähigkeit, vgl. Gai. 2, 96. R.)

c) L. 9 D. de his qui sui vel alieni iuris sunt (1, 6): Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur.

d) L. 39 D. de O. et A. (44, 7): Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest. L. 57 D. de iud. (5, 1), L. 5 pr. D. quod cum eo (14, 5), L. 44. 45 D. de pecul. (15, 1), L. 6 §. 7 D. de A. E. V. (19, 1), L. 141 §. 2 D. de V. O. (45, 1). Modificationen hinsichtlich des Gelddarlehns und der Pollicitationen. Auf diese bezieht sich vielleicht L. 43 D. de O. et A. (44, 7): Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis —. Vgl. L. 2 §. 1 D. de pollic. (50, 12): voto autem patresfamilias obligantur, puberes, sui iuris —.

e) L. 8 §. 3 C. de bon. qu. lib. (6, 61), L. 9 D. de O. et A. (44, 7): Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Iulianus putat. L. 13 §. 2 D. quod vi (43, 24). Andere Ausnahmen: L. 12 D. de in ius voc. (2, 4), L. 8 pr. D. de procur. (3, 3), L. 22 pr. D. de inoff. test. (5, 2). Vgl. L. 13 D. de O. et A. (44, 7): In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere, eine Stelle, die im justinianischen Recht keinen zu rechtfertigenden Sinn hat.

f) L. 8 pr. D. de proc. (3, 3), L. 18 §. 1 D. de iud. (5, 1). Auch die Fähigkeit, Popularklagen anzustellen, ist darauf zu gründen.

g) Die nähere Darstellung des Einflusses der väterlichen Gewalt auf das Vermögen wird in der Lehre von dieser Gewalt selbst gegeben.

C. Ehrenminderung[a].

§. 119.

Die Persönlichkeit giebt eine sittliche Achtung, die zu bewahren die Pflicht der Person ist; dieses sittliche Element macht die Rechtsfähigkeit zur Ehre (existimatio)[b]. Aber nur das Recht der Persönlichkeit überhaupt (sowohl als allgemeine denn als Standes-Rechtsfähigkeit) hat jene Begleiterin, nicht das Recht der selbstständigen Persönlichkeit: es giebt eine gemeine bürgerliche und eine Standes-Ehre, aber es ist keine Ehre, Paterfamilias zu seyn[c]. Die Verbindung nun einer sittlichen Achtung mit der Rechtsfähigkeit bringt eine natürliche Rückwirkung auf diese selbst mit sich: die Rechtsfähigkeit kann dadurch gemindert werden, daß jemand durch seine Schuld die Achtung seiner Rechtsgenossen einbüßt, Ehrenminderung ist zugleich Minderung der Rechtsfähigkeit.

In der Ehre gemindert ist, wer sich einer Handlung oder eines Zustands schuldig macht, welcher ihm dem sittlichen Urtheil seiner Mitbürger gemäß die Achtung ganz oder theilweise entzieht. Dieß heißt im römischen Recht nota (levis nota), turpitudo[d]), Ausdrücke, die nur einen quantitativen Unterschied bezeichnen. Die rechtlichen Wirkungen dieser Ehrenminderung sind 1) im allgemeinen eine Zurücksetzung des Verächtlichen überall, wo das richterliche Ermessen die Individualität zu berücksichtigen hat[e]); 2) speciell: Ausschließung von einer famosa actio gegen einen Unbescholtenen[f]), von der querela inofficiosi testamenti gegen das Testament eines Geschwisters und

---

a) Burchardi, de infamia ex disciplina Romanorum 1819. Marezoll, über die bürg. Ehre, ihre gänzl. Entziehung und theilw. Schmälerung 1824. Savigny, System II. §. 76—83 (1840). Puchta, Cursus der Inst. II. §. 216. (Ueber das Geschichtliche: Karlowa, zur Geschichte der Infamia, Ztschr. für R. G. IX. (1870) S. 204—238. R.)

b) L. 5 §. 1 D. de extraord. cogn. (50, 13): Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus —.

c) Das römische Recht knüpfte die Ehre an die Civität, und zwar an die politisch berechtigte. Daß sie im Privatrecht zur Sprache kommt, ist nur ein Accessorium.

d) Von unseren Juristen auch infamia facti genannt wegen L. 2 pr. D. de obsequ. par. (37, 15).

e) Beym Zeugniß, L. 3 pr. D. de testib. (22, 5), Nov. 90 c. 1, bey der vormundschaftlichen Administration, L. 17 §. 1 D. de test. tut. (26, 2), bey der Entscheidung des Besitzstandes für das interdictum de liberis exhibendis, L. 3 §. 4.5 D. de lib. exh. (43, 30).

f) L. 11 §. 1 D. de dolo (4, 3).

Statthaftigkeit der Querel gegen den Verächtlichen[g]). Diese Ehrenminderung kann gehoben werden durch famae restitutio von dem Regenten, deren Wirksamkeit aber voraussetzt, daß der Grund der Verächtlichkeit nicht fortdauert.

§. 120.

Neben dieser unbestimmten Ehrenminderung, deren heutige Anwendbarkeit keinem Zweifel unterliegt, und mit ihr unter dem gemeinsamen Namen der ignominia begriffen, kommt im römischen Recht noch eine andere, in ganz bestimmt und eigenthümlich ausgebildeter Form, unter dem Namen der infamia vor (bey den Neueren infamia iuris). Die Ehre kann durch einen Grund, mit welchem eine Rechtsvorschrift diese Folge speciell verbindet, theils aufgehoben werden (consumitur existimatio) — wenn ein Bürger durch eine Verurtheilung capitis deminutio maxima oder media erleidet[h]) —, theils gemindert (minuitur existimatio); diese durch specielle Rechtsvorschrift begründete Ehrenminderung ist die infamia. Sie tritt ein als Folge 1) der Verurtheilung in einem iudicium publicum, welches Verbrechen auch dasselbe veranlaßt haben, und welche Strafe sonst noch damit verbunden seyn mag[i]), vorausgesetzt, daß die Verurtheilung nicht sogar die consumtio existimationis zur Folge hat; 2) der Verurtheilung wegen eines crimen extraordinarium, wenn es ein Verbrechen ist, bey dem auch die Verurtheilung auf Civilklage (s. 3) infamiren würde[k]); 3) der Verurtheilung wegen einiger Privatdelicte: Diebstahl, Raub, Injurie, Betrug, sepulcri violatio[l]); 4) der Verurtheilung mit der actio directa aus der Societät, Tutel, dem Mandatum (hier auch bey der actio contraria), dem Depositum (daher contractus famosi genannt)[m]); 5) des richterlichen Decrets, welches einen Vormund wegen Dolus

g) L. 11. 19. 27 C. de inoff. test. (3, 28).

h) L. 5 §. 3 D. de extraord. cogn. (50, 13).

i) L. 1 D. de his qui notantur infamia (3, 2), L. 7 D. de publ. iud. (48, 1). Iudicia publica sind Criminalprocesse, die auf den leges iudiciorum publicorum beruhen, L. 1 eod. Ist eine schwerere Strafe, als recht war, verhängt und erduldet worden, und zwar eine solche, die sich nachher nicht noch mindern läßt, so wird dagegen die Infamia nachgelassen, L. 13 §. 7 D. de his qui not., L. 10 §. 2 D. de poen. (48, 19), L. 15 pr. D. ad munic. (50, 1).

k) L. 7 D. de publ. iud. (48, 1), L. 13 §. 8 D. de his qui not. (3, 2). In L. 2 D. stellion. (47, 20) heißt famosum iudicium so viel als iudicium publicum, weil nur dieses regelmäßig famosum ist. Marezoll, a. a. O. S. 134 ff.

l) L. 1. 6 §. 1, L. 15—19 D. de his qui not. (3, 2), L. 1 D. sep. viol. (47, 12). Loskauf von der Klage hat hier die Wirkung der Verurtheilung, L. 6 §. 3 D. de his qui not.

m) L. 1. 6 §. 5. 7, L. 7 eod.

absetzt[n]), des Urtheils, wodurch der Zinswucher constatirt wird[o]), der missio ignominiosa eines Soldaten[p]); 6) gewisser Vergehen und unsittlicher Handlungen ohne Urtheil oder Decret: Verletzung der Trauerzeit, doppeltes Verlöbniß, doppelte Ehe[q]), Ehebruch der Frau, wenn sie darüber betroffen worden ist[r]), Verletzung eines von dem Verletzer beschworenen Vergleichs oder Erlaßvertrags[s]), Ehe des Vormundes oder seines Sohnes mit der Mündelin vor gänzlicher Beseitigung der Möglichkeit von Ansprüchen aus der Vormundschaft[t]) u. s. w.[u]); 7) gewisser Gewerbe: der Schauspieler, Thierkämpfer, Huren, Hurenwirthe[v]). Die Infamia ist der Regel nach etwas dauerndes[w]), aber sie kann aufgehoben werden durch in integrum restitutio gegen das sie begründende Urtheil[x]), und durch restitutio famae von dem Regenten[y]).

Die Bedeutung der Infamia war ursprünglich eine politische: Verlust des ius suffragii et honorum[z]), im späteren Recht ist davon nur die Untüchtigkeit zu Ehrenämtern übrig geblieben, welche überdieß auch schon eine Folge der turpitudo ist, so daß die infamia dadurch keine eigenthümliche Bedeutung mehr hat[aa]). Eine privatrechtliche Wirkung hat sie durch die Lex Julia in Beziehung auf die Fähigkeit zur Ehe erhalten[bb]), diese ist im justinianischen Recht weggefallen; ferner durch die Beschränkung des Rechts zu postuliren und als Pro-

---

n) L. 3 §. 18, L. 4. 7 §. 1 D. de susp. tut. (26, 10).

o) L. 20 C. ex quibus causis infamia irrogatur (2, 12).

p) L. 1 D. de his qui not. (3, 2).

q) L. 1 eod. (Savigny, System II. Beilage VII. S. 538 ff. Rudorff, Ztschr. für R. G. IV. S. 15 ff. Karlowa daselbst IX. S. 212—238. R.)

r) L. 43 §. 12. 13 D. de ritu nupt. (23, 2).

s) L. 41 C. de transact. (2, 4).

t) L. 66 pr. D. de ritu nupt. (23, 2).

u) S. Marezoll a. a. O. S. 192 ff.

v) L. 1. 24 D. de his qui not. (3, 2), L. 1 §. 6 D. de postul. (3, 1), L. 43 §. 4 D. de ritu nupt. (23, 2). — Die Fälle 1—5 begreifen die Neueren unter dem Ausdruck infamia iuris mediata, die Fälle 6, 7 nennen sie inf. i. immediata.

w) L. 43 §. 4 D. de ritu nupt. (23, 2), L. 4 §. 4 D. de re mil. (49, 16), L. 6 C. ex qu. c. infam. (2, 12). Ausnahmen: L. 8 D. de postul. (3, 1), L. 3 §. 1 D. de decur. (50, 2), L. 1. 2 C. de his qui in exil. (10, 59).

x) L. 1 §. 10 D. de postul. (3, 1).

y) Nicht dieselbe Wirkung hat die Begnadigung, diese befreit nur von der Erduldung der Strafe, wovon die Infamia unabhängig ist, L. 3 C. de generali abolit. (9, 43).

z) Savigny, System II. §. 80. 81.

aa) L. un. C. de infamibus (10, 57), L. 2. 6 C. de dignit. (12, 1).

bb) Savigny II. Beil. VII.

ceßprocurator aufzutreten[cc]), eine Wirkung, die im justinianischen Recht dadurch, daß sie nicht von der Gegenpartei geltend gemacht werden kann, sondern dem Ermessen des Richters anheimfällt[dd]), ganz verändert worden ist, so daß die Infamia in dieser Beziehung keine andere Stellung mehr hat, als die turpitudo. Alle anderen privatrechtlichen Wirkungen sind solche, die von jeher auch der turpitudo zukommen (§. 119).

Daraus ergiebt sich, daß die römische Infamia aufgehört hat, ein Institut des geltenden Rechts zu seyn[ee]), und daß die turpitudo die einzige Ehrenminderung des heutigen Rechts ist, welche zugleich dem römischen angehört.

IV. Schutz des Rechts der Persönlichkeit.

§. 121.

Die Verletzung des Rechts der Persönlichkeit, welche einen Schutz desselben veranlaßt, kann 1) eine Bestreitung des Rechts in sich schließen; in diesem Fall wird eine unmittelbar aus demselben entspringende Klage gegeben, welche die Wiederherstellung gegen jene Verletzung, also die Anerkennung des Rechts durch den Richter, und damit die Beseitigung jener Anfechtung zum Zweck hat. Es bedarf zu diesem Behuf keiner Condemnation, sondern nur des dem Kläger das Recht zuerkennenden richterlichen Ausspruchs (actio praeiudicialis de statu). Eine solche Klage setzt die rechtliche Möglichkeit einer Bestreitung voraus, diese ist nach heutigem Recht hinsichtlich der allgemeinen Rechtsfähigkeit durch den Rechtssatz, daß alle Menschen Personen sind, ausgeschlossen[a]). Nur das Recht der selbstständigen Persönlichkeit (§. 118) kann mit dem Schein Rechtens bestritten, und daher mit einer Klage unmittelbar geltend gemacht werden[b]). 2) Eine Verletzung der Persönlichkeit, die nicht eine Bestreitung derselben in sich schließt, ist ein Delict. Die Delictsobligationen enthalten einen mittelbaren Schutz des Rechts der Persönlichkeit.

cc) L. 1 D. de postul. (3, 1), L. 4 D. de popul. act. (47, 23).

dd) §. 11 I. de except. (4, 13).

ee) Savigny II. §. 83. Eine andere Frage ist, welchen Einfluß die römischen Rechtssätze auf die Ausbildung der ähnlichen Institute des deutschen Rechts gehabt haben? Ihre Beantwortung ist eine Aufgabe des germanistischen Theils der Jurisprudenz.

a) Ueber das römische Recht vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 221. (Bethmann-Hollweg, Civilproceß II. §. 97. R.)

b) Man kann sie actio de statu patrisfamilias nennen, gewöhnlich wird sie actio de patria potestate negativa genannt und damit die actio de p. p. affirmativa zusammengestellt, die nicht hieher gehört, so wenig als die Klage aus dem elterlichen und Kindesrecht.

Zweites Kapitel.

Das Recht des Besitzes[a]).

I. Begriff und rechtliche Natur des Besitzes.

§. 122.

Die Unterwerfung einer Sache unter den menschlichen Willen, welche die allererste Aeußerung der Persönlichkeit ist, läßt sich auf doppelte Art denken: als eine rechtliche und als eine factische. Jene ist das Eigenthum nebst den daraus abgeleiteten Rechten (fünftes Buch), die factische Gewalt über die Sache, die mit der rechtlichen verbunden oder davon getrennt sein kann, ist der Besitz, possessio. Auch der Besitz ist ein Rechtsverhältniß, aber er trägt seinen rechtlichen Charakter nicht wie das Eigenthum in sich (denn es ist blos factische Gewalt), sondern entlehnt ihn von einem anderen Recht. Als diese Voraussetzung seines rechtlichen Wesens kann das Eigenthum betrachtet werden; auf diesem Standpunkt ist der Besitz etwas rechtliches und bey dem Eigenthümer, der darin sein Eigenthum ausübt, und dem, welcher diese Befugniß von dem Eigenthümer überkommen hat. Aber der Besitz ist auch für sich und selbstständig gegen das Eigenthum zu einem

a) v. Savigny, das Recht des Besitzes 1803, 6. Aufl. 1837. Aus dem Nachlaß des Verfassers und durch Zusätze des Herausgebers vermehrte Auflage von Rudorff 1865. Die Zusätze des letzteren bilden S. 537—727 den „Anhang über die neuere Besitzlitteratur seit der sechsten Auflage". Die bedeutendste unter den daselbst verzeichneten 78 neueren Schriften ist: Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart 1848. Sie enthält hauptsächlich die Dogmengeschichte der Besitzesklagen, also eine nähere Entwicklung des letzten (sechsten) Abschnitts des Savigny'schen Werks der „Modificationen des römischen Rechts". Vgl. darüber Rudorff, in der A. L. Z. 1849. Num. 4—8 und Anhang Nr. 124 S. 555. In particularrechtlicher Richtung: Molitor, la possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain, avec les rapports entre la législation romaine et le droit français. 1851. Randa, der Besitz nach österr. Rechte mit Berücksichtigung des gem. Rechts, des preuß., franz. u. sächs. Gesetzbuches. 1865. Die neuesten Schriften sind: Büchel, über die Natur des Besitzes 1868. Ihering, Beiträge zur Lehre vom Besitz. Erster Beitrag: über den Grund des Besitzschutzes 1868, auch in den Jahrb. für Dogmatik IX. 1. 2. Aufl. 1869. Vgl. über beide Schriften R. Schmid, Krit. V. J. Schrift XII. S. 65—85. Gegen Büchel's Vertheidigung des rein factischen Charakters des Besitzes vgl. Goudsmit: Büchel über die Natur des Besitzes übersetzt von Sutro. Utrecht 1868. Die folgenden Beiträge Ihering's sollen die rechtliche Natur des Besitzes, den animus domini und das constitutum possessorium erörtern. R.)

Rechtsverhältniß erhoben, so daß der Besitzer um des Besitzes willen ein Berechtigter ist[b]), und diese selbstständige rechtliche Natur des Besitzes, die ihn über die Eigenschaft einer bloßen Eigenthumsbefugniß hinaushebt und dem Eigenthum als ein besonderes Recht gegenüberstellt, entlehnt er von dem Recht der Persönlichkeit, das schon der factischen Gewalt, welche die Person ausübt, eine rechtliche, nur der auf rechtlichem Weg nachgewiesenen und entschiedenen rechtlichen Macht über die Sache weichende Garantie verleiht: der Besitzer, der in seinem Besitz als solchem geschützt seyn will, gründet sein Verlangen nicht auf sein Eigenthum oder sonstiges Recht an der Sache (das er vielmehr noch ganz dahin gestellt seyn läßt), sondern auf seine Persönlichkeit, die in dem Besitz thätig geworden ist, und dieses factische Verhältniß mit einem rechtlichen Charakter bekleidet[c]).

II. Arten des Besitzes.

A. Nach seiner ursprünglichen Natur.

§. 123.

In dem Besitz sind zwey Elemente zu unterscheiden: 1) das körperliche Verhältniß zur Sache, welches die factische Gewalt über sie bedingt (corpus), 2) die Richtung des Willens auf die Sache (animus). Das erste ist bey jedem Besitz im Wesentlichen (also abgesehen von den verschiedenen Formen, die es annehmen kann) dasselbe, der animus dagegen kann ein verschiedener seyn, und damit der Besitz selbst. Er kann a) dem körperlichen Verhältniß vollkommen entsprechen, also der Wille, die Sache total für sich zu haben, seyn[a]); er kann hinter dem

---

b) L. 2 D. uti possid. (43, 17): iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert, qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet. L. 36 in f. D. de adqu. poss. (41, 2).

c) Puchta, Cursus der Inst. II. §. 224. Diese innere Begründung der gegebenen Thatsache, daß der Besitz ein Rechtsverhältniß ist, hat die bewundernswürdige Darstellung und Auseinandersetzung der Thatsache selbst in dem angeführten Werk von Savigny zur Voraussetzung; daß dieses Werk jene innere Begründung nicht zu seiner besonderen Aufgabe machte, war gegenüber der unsäglich verkehrten und verwirrten Besitztheorie, die es vorfand und aufhob, kaum ein Mangel zu nennen, es war eine durch den Stand der Sache gewissermaßen gebotene Resignation. Auf dem geebneten Feld hat sich nachher eine ungemessene Zahl von Schriftstellern eingefunden, und besonders hat es nicht an Solchen gefehlt, die dem festen, bequemen Bau den Giebel aufzusetzen und ihn dadurch zu dem ihrigen zu machen gedachten. (Vgl. hierzu Rudorff zu Savigny Num. 18. 19. S. 575—592. R.)

a) Man nennt ihn animus rem sibi habendi oder nach dem Vorgang des

Gehalt des körperlichen Verhältnisses (welches immer die Sache in ihrer Totalität ergreift) zurückbleiben, also auf einen partiellen Zweck der Sache beschränkt seyn, so daß er neben sich einen fremden animus rem sibi habendi zuläßt. So ist daher Besitz mit dem animus domini und Besitz ohne ihn gleichzeitig an derselben Sache möglich, das Verhältniß beider ist aber dieses, daß der letztere ein Besitz in fremdem Namen ist, daß der Besitzer (der in dem körperlichen Verhältniß zur Sache ohne den animus domini steht) den Besitz eines Anderen ausübt; dieser (da er selbst nicht im körperlichen Verhältniß sich befindet) besitzt durch jenen. Daher ist denn auch nur der Besitz mit dem animus domini eigentlich possessio zu nennen, nicht jener andere, der nur die Ausübung einer fremden possessio ist[b]).

Nur der Besitz mit dem animus domini, die eigentliche possessio, ist es, der den Charakter eines selbstständigen Rechts erhalten hat, und der daher das Recht des Besitzes, oder juristischer Besitz (auch von seinem Schutz — §. 132 — Interdictenbesitz) genannt wird. Diesem gegenüber heißt der Besitz in fremdem Namen natürlicher Besitz, Detention, bey den Römern in possessione esse (in einem fremden Besitz seyn), tenere, corporaliter tenere[c]).

Theophilus (Paraphr. der Inst. II. 9, 4. III. 29, 2: ψυχὴ δεσπόζοντος) animus domini, Wille eines Eigenthümers, Wille, wie ihn der besitzende Eigenthümer hat. (Dagegen Böcking, Pand. §. 123 Note 4 und 7, welcher jede Parallelisirung des Eigenthums und des Besitzes vermieden wissen will und ψυχὴ δεσπόζοντος nicht animus domini, sondern dominantis, des die Sache faktisch beherrschenden, übersetzt: nach Kierulff S. 352 „der Besitz ist zwar Ausübung eines Rechtsinhalts, aber nicht (nämlich: nicht nothwendig) Ausübung eines Rechts." Böcking verwechselt den Willen des Eigenthümers mit dem Willen, Eigenthümer werden und sein zu wollen, den allerdings nicht jeder Besitzer hat; er hält ferner den Eigenthumswillen für umfassender, als den Besitzwillen, während ohne die Aneignung des vollen Eigenthumsobjects und Eigenthumsinhalts nur Quasibesitz denkbar bleibt. Vgl. übrigens wegen des Ausdrucks animus domini noch L. 13 §. 1 D. de Publ. (6, 2), L. 22 §. 1 D. de nox. act. (9, 4) „opinione domini". L. 3 §. 7 D. uti poss. (43, 17) „quasi dominus". Rudorff zu Savigny Num. 31 S. 602. 603. Arndts §. 135 Anm. 1. R.)

b) L. 18 pr. D. de adqu. poss. (41, 2): Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere et alieno nomine possidere, non possidet, cuius nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium. Noch bestimmter ist der Ausdruck habere possidere für den Besitz mit dem animus domini, L. 49 §. eod.

c) L. 10 §. 1, L. 24. 49 §. 1 D. eod., L. 9 D. de R. V. (6, 1). Die letzten Ausdrücke beziehen sich darauf, daß im Detentor das körperliche Verhältniß vollständig sich findet; insofern nun naturalis in dem Sinn von corporalis genommen wird, kann die Detention auch naturalis possessio heißen, L. 3 §. 3, L. 24 de adqu. poss. (41, 2), L. 2 §. 1 D. pro her. (41, 5), L. 38 §. 7. 8 D. de V. O. (45, 1).

B. In Folge juristischer Modificationen.

1. Einfluß der causa possessionis.

§. 124.

Causa possessionis heißt der rechtliche Grund, auf dem der animus possidendi beruht (Titel des Besitzes)[a]). Davon ist das Recht zu besitzen abhängig, nicht das Factum des juristischen Besitzes, das Recht des Besitzes selbst, für das es nur auf die Existenz des animus possidendi, nicht auf sein Motiv ankommt[b]). Doch ist die causa possessionis nicht ganz ohne Einfluß auf die Natur des Besitzes geblieben[c]). Vor allem unterscheidet sich nach der causa rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitz (iusta, iniusta possessio). Iniusta possessio heißt aber insonderheit die, welche durch Gewalt (vi), heimlich (clam), oder durch ein Precarium (precario) erlangt worden ist[d]). Sodann kommt die causa zur Sprache, wenn der Besitz durch Usucapion zum Eigenthum führen soll; zu dieser Wirkung ist erforderlich, daß er auf einer iusta causa (iustus titulus) beruhe (außerdem noch der Besitzer in bona fide und die Sache usucapionsfähig sey, s. §. 157. 158). Dieser Usucapionsbesitz (possessio ad usucapionem) ist eine besondere Art des juristischen Besitzes, er heißt auch civilis possessio, und der einfache juristische Besitz wird ihm als naturalis possessio gegenübergestellt[e]). Jeder Usucapionsbesitz ist juristischer, aber nicht jeder juristische ist Usucapionsbesitz.

---

a) Wer keinen Titel angeben kann, besitzt pro possessore: Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo — nec ullam causam possessionis possit dicere — L. 11 §. 1, L. 12. 13 pr. D. de H. P. (5, 3).

b) L. 3 §. 5 D. de adqu. poss. (41, 2): — in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat. — Vgl. §. 122 Note b.

c) Eine nicht hieher gehörige Wirkung der causa possessionis ist, daß es Klagen giebt, die gegen den Besitzer gehen, aber eine gewisse causa des Besitzers voraussetzen, so die Erbschaftsklage.

d) Ueber den Einfluß, den dieser Unterschied auf den Schutz des Besitzes hat, s. §. 132. — In L. 13 §. 1 D. de publ. act. (6, 2), L. 7 §. 4 D. comm. div. (10, 3) wird die precaria zu den iustae possessiones gerechnet, das Wort wird hier in einem allgemeinen Sinn gebraucht, in dem jeder Besitz dahin gehört, der nicht ein rechtswidriger Zustand ist.

e) S. z. B. L. 1 §. 9. 10 D. de vi (43, 16): Deiicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti, non tamen, si colonus. Vgl. L. 1 §. 2 D. pro don. (41, 6): Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori

Man kann für denselben Besitz mehrere causae haben[f]), aber die causa ist eine Thatsache, die nicht blos von dem Willen des Besitzers abhängt: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest[g]).

2. Abgeleiteter Besitz.

§. 125.

Als ein selbstständiges Recht gilt nur der Besitz mit dem animus domini, bey dem die Totalität des körperlichen Verhältnisses durch den eben so totalen Willen der Person gedeckt und von der Persönlichkeit geschirmt wird (§. 122). Dieser Grundsatz ist in zwey Fällen überschritten und eine Uebertragung des juristischen Besitzes auf den Sequester[a]) und auf den Pfandgläubiger[b]) gestattet worden, welche

rem donaverit, et divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare; alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Iulianus putat. (Vgl. §. 425 Note f. R.) L. 3 §. 15 D. ad exhib. (10, 4): Sciendum est, adversus possessorum hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni, denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. Vgl. L. 7 §. 3 eod. Die richtige Bedeutung der civilis possessio und damit die wahre Interpretation vieler wichtiger Stellen des römischen Rechts hat Savigny gegen die früheren Irrthümer festgestellt, R. d. Bes. §. 7. 10. Die gangbarste Meinung war früher, civilis possessio heiße der juristische Besitz überhaupt, noch bis zuletzt festgehalten von Thibaut, Archiv für civ. Pr. XVIII. 13 (1835), und neuerdings mit einer kleinen Modification wieder vertheidigt von Burchardi, Archiv für civ. Pr. XX. 2 (1837), vgl. Savigny, R. d. Bes. S. LI. ff., ferner von Vangerow, Leitfaden I. S. 268 ff. (1839). Die vornehmsten Gründe der letzten (ohne Zweifel tüchtigsten) Vertheidigung des Irrthums gegen die angeführte L. 3 §. 15 D. ad exh. nebst L. 7 §. 1 eod., s. §. 128 Note e, (vgl. dagegen Puchta, de civili possessione 1839) und L. 2 §. 1 D. pro her. (vgl. dagegen Puchta, Cursus der Inst. II. §. 226 Note l). (Rudorff zu Savigny Num. 40 S. 614—623. R.)

f) L. 3 §. 4 D. de adqu. poss. (41, 2): — nec enim sicut dominium non potest nisi ex una causa contigere, ita et possidere ex una duntaxat causa possumus.

g) L. 3 §. 19 D. eod. Näher bestimmt wird diese einflußreiche Regel in L. 3 §. 20, L. 19 §. 1 D. eod., L. 33 §. 1 D. de usurp. (41, 3), L. 1 §. 2 D. pro don. (41, 6), L. 6 §. 3 D. de precar. (43, 26). (S. auch noch L. 10 in fin. D. si pars [5, 4], L. 18 pr., L. 30 §. 2 D. de usurp. [41, 3], L. 23 C. de locato [4, 65], L. 5 C. de poss. 7, 32. R.) Einen größeren Umfang hatte sie bey der alten usucapio pro herede lucrativa, L. 2 §. 1 D. pro her. (41, 5). Vgl. Puchta in Weiske's Rechtslexicon: Besitz §. 9. (Savigny 7. Aufl. S. 82—86. Rudorff: Anhang Num. 24—27 S. 595—600. R.)

a) L. 17 §. 1 D. depos. (16, 3), L. 39 D. de adqu. poss. (41, 2).

b) L. 36 eod., L. 16 D. de usurp. (41, 3).

des animus domini entbehren[c]). Dieser juristische Besitz, der es an sich nicht wäre, und nur auf einer in diesen Fällen dem Bedürfniß nachgelassenen Uebertragung beruht, wird passend abgeleiteter Besitz genannt[d]).

III. Erwerb und Verlust des Besitzes[a]).

A. Möglichkeit desselben.

§. 126.

Die natürliche Thatsache des Besitzes ist dadurch nicht umgestaltet worden, daß sie zu einem Rechtsverhältniß erhoben worden ist. Dieß zeigt sich bey der Frage nach der Existenz (dem Erwerb und Verlust) des Besitzes, die zum größten Theil aus der factischen Natur des Besitzes zu beantworten ist[b]). Doch werden die natürlichen Grundsätze,

---

c) Gegen die entgegengesetzte Meinung von Schröder, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. II. 7 (1829), Warnkönig, Archiv für civ. Pr. XIII. 9 (1830) u. A., s. Savigny, R. d. Bes. §. 9.

d) Savigny stellt zu dem abgeleiteten Besitz noch den des Precaristen und des Emphyteuta, s. dagegen Puchta in Richter's krit. Jahrb. 1837 S. 679 f. (Vorlesungen ed. 5; §. 125 Note 6. Arndts Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. III. 9 [1847]. Vgl. §. 137. b. — Bruns, Recht des Besitzes [1848] §. 2 findet den abgeleiteten Besitz im röm. Recht in fünf Fällen (Pfand, Precarium, Sequestration, Emphyteusis und Superficies, die er, wegen Mangels jeden Princips, für das heutige Recht sämmtlich verwirft. Er übersieht, daß der Besitz, als ein dem Recht verwandter Vortheil, auch ein Gegenstand des Verkehrs durch Besitzgeschäfte [Savigny, S. 29] geworden ist, und daher eben so frei übertragen werden kann, wie das Eigenthum, sofern nur die Absicht hierauf und nicht blos wie bey dem Depositum, Commodatum, der Location auf Ueberlassung der Detention gerichtet ist. Nicht unpassend hat daher Brinz, Pand. I. S. 66, die Bezeichnung „anvertrauter Besitz" statt „abgeleiteter", in Vorschlag gebracht, während Böcking, Pand. §. 123 meint, daß Bedürfniß und Statthaftigkeit der ganzen, dem römischen und unserem Recht fremden Unterscheidung zwischen ursprünglichem und abgeleitetem Besitz mit der richtigen Auffassung des animus possidendi wegfalle. Arndts, Pand. §. 135 Note 2 und in der krit. Ueberschau I. S. 353 ff., ferner „über den Besitz der Emphyteuse" in Linde's Ztschr. N. F. III. 9 läßt den Besitz des Emphyteuta weg, um den Dominus nicht schutzlos zu lassen. Ein Gleiches muß bei der Superficies geschehen, um so mehr, als die iuris possessio hier auf das Gebäude beschränkt ist, während dem Emphyteuta eine utilis corporis possessio am ganzen Grundstück zusteht: Rudorff, Ztschr. für gesch. Rechtsw. XI. 7. Ueber die Meinungen der neusten Schriftsteller s. Rudorff zu Savigny 7. Aufl. Anhang Num. 38. 39 S. 600—614. Num. 86—89 S. 660—668. R.)

a) Dig. XLI. 2: de adquirenda vel amittenda possessione. Cod. VII. 32: de adquirenda et retinenda possessione.

b) L. 1 §. 3 D. h. t. (41, 2): Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt, eam enim rem facti

wonach ein Besitz überall anzunehmen wäre, wo die factische Gewalt mit dem Willen zu besitzen existirt, und umgekehrt nicht, in einigen Punkten modificirt durch die rechtliche Natur, die der Besitz angenommen hat[c]). Es giebt daher nicht blos factische Hindernisse des Besitzes, sondern auch rechtliche, diese leiten sich theils aus seiner Eigenschaft als eines Rechts ab, theils beruhen sie auf willkürlicher Rechtsvorschrift.

1. In Beziehung auf die Personen.

§. 127.

Aus natürlichen Gründen ist der Besitz ausgeschlossen für die Personen, welche eines wirklichen Willens oder wenigstens des natürlichen Besitzwillens, der auf das Haben und Behalten der Sache gerichtet ist (affectio tenendi), nicht fähig sind: juristische Personen, Wahnsinnige, Kinder[a]). Als Auskunftsmittel gegen diese natürliche Unfähigkeit ist der Besitzerwerb durch Repräsentanten für sie über seine sonstigen Gränzen ausgedehnt (§. 130)[b]), und bey Kindern überdieß die Möglichkeit einer natürlichen Ergänzung des Besitzwillens angenommen worden[c]). So ist durch juristische Behandlung der Existenz-

non iuris esse, quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant. L. 29 eod., L. 19 D. quib. ex caus. maior. (4, 6): — possessio plurimum facti habet —.

c) Darauf beziehen sich die Aeußerungen: plurimum ex iure possessio mutuatur — possessio non tantum corporis, sed et iuris est, in L. 49 pr. §. 1 D. h. t. (41, 2).

a) L. 1 §. 15 D. si is qui testamento (47, 4): possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi —. (Vgl. Ihering, de hereditate possidente 1842 und Beiträge zur Lehre vom Besitz I. S. 122—136. R.) L. 1 §. 22, L. 18 §. 1 D. h. t. (41, 2), L. 26 C. de donat. (8, 54).

b) L. 1 §. 20. 22, L. 2 D. h. t. (41, 2), L. 13 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

c) L. 32 §. 2 D. h. t. (41, 2): Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris. utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest. L. 3 C. eod. (7, 32): Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam, alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. S. dazu Puchta, über den Besitzerwerb eines Kindes, Kleine civilist. Schriften. 1851. S. 303 ff. (Denzinger, Archiv für civ. Pr. XXXI. 7. 13 [1848]. Rudorff zu Puchta, Vorles. §. 127 Anm. 5 und Beil. XI. und Anhang zu Savigny 7. Aufl. Num. 77 S. 647—649. R.)

frage ein Besitz möglich, dessen Daseyn vom rein natürlichen Standpunkt aus geleugnet werden müßte[d]).

Vermöge der rechtlichen Natur des Besitzes können die eines Vermögensrechts Unfähigen auch nicht juristische Besitzer seyn[e]).

2. In Beziehung auf die Gegenstände.

§. 128.

Aus natürlichen Gründen ist der Besitz ausgeschlossen 1) an allen unkörperlichen Dingen[a]), 2) an körperlichen Theilen einer Sache, die kein gegen das Ganze selbstständiges Daseyn haben, also an integrirenden Theilen, man kann nur das Ganze, nicht die Theile für sich besitzen[b]), 3) an körperlichen Theilen, deren Verhältniß zu dem Ganzen so beschaffen ist, daß eine von der factischen Gewalt über das Ganze unabhängige sich nicht über sie denken läßt, wie dieß stets bey den Theilen beweglicher Sachen der Fall seyn wird[c]). Dem Besitzer der Theile durch den Besitzer des Ganzen steht von Seiten der körperlichen Gewalt nichts entgegen, wohl aber von Seiten des animus, daß er sich nicht in dem körperlichen Verhältniß, welches nur das Ganze ergreift, manifestirt[d]); dieses Hinderniß fällt weg, wenn der Besitzer

d) Dieselbe Folge tritt auch ein durch die besondere Bestimmung des Verlustes animo (§. 131) und durch die Anwendung der Unfähigkeit, ein Recht aufzugeben auf den Besitz. L. 29 D. h. t. (41, 2): Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere, quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere, hoc enim non potest.

e) L. 30 §. 3 D. eod., L. 49 §. 1 eod.: Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est. Im Allgemeinen ist für die Filiifamilias diese Unfähigkeit durch das neuere Recht modificirt, auf den Besitz der res peculiares aber hat diese Modification keinen Einfluß.

a) L. 3 pr. D. h. t. (41, 2). L. 30 §. 2 D. de usurp. (41, 3). Modificirt ist dieser Grundsatz in der iuris quasi possessio (§. 137).

b) L. 15 §. 12 D. damni inf. (39, 2), vgl. L. 44 §. 1 in f. D. de O. et A. (44, 7).

c) L. 8 D. de R. V. (6, 1): — — in re mobili — nunquam enim pro diviso possideri potest. Anders bey Grundstücken, L. 8 cit., L. 26 D. de adq. poss. (41, 2).

d) L. 2 §. 6 D. pro emt. (41, 4): — si fundus emtus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes. L. 23 pr. D. de usurp. (41, 3): Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere. nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit. Accedit

die von ihm vorher getrennt besessenen Theile in das Ganze erst eingefügt hat[e]).

Vermöge der rechtlichen Natur des Besitzes findet kein juristischer Besitz an Sachen Statt, an denen kein Vermögensrecht möglich ist[f]).

3. Ausschließlichkeit des Besitzes.

§. 129.

Aus dem natürlichen Begriff des Besitzes folgt, daß nicht mehrere dieselbe ganze Sache besitzen können, der Erwerb des Besitzes durch eine Person setzt seinen Verlust durch den bisherigen Besitzer voraus[a]).

---

eo, quod si quis singulas res possideri dixerit, necesse erit dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum esse ampliori, quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, utpnta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum omnium (l. dominum) mutet.

e) L. 30 §. 1 D. de usurp. (41, 3): Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent (vgl. L. 50 D. de minor. 4, 4), in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucaptnrum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum (Pompon.). Ueber die verschiedenen Erklärungen s. Savigny, R. d. B. §. 22 u. S. LXVII ff. Vangerow, Leitfaden I. S. 287 ff. Windscheid, Sell's Jahrbücher I. 12 (1842). (Sintenis, Archiv für die civ. Praxis XX. 4. Madai, daselbst XXV. 3 S. 313—322 [1842]. Binding, daselbst XXVII. 11. 15. [1844]. Pape, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. Neue Folge IV. 6 [1847]. Stephan, Archiv für civ. Pr. XXXI. 10 S. 373 ff. [1848]. Böcking, Pand. §. 124 Note 16. Brinz, Pand. S. 181. Windscheid §. 152 Anm. 6. Rudorff zu Savigny Num. 48. 49 S. 625—631. 81 S. 651—660. R.) Nicht von einem Besitzhinderniß spricht L. 7 §. 1 D. ad exhib. (10, 4): Sed si rotam meam vehiculo aptsveris, teneberis ad exhibendum: et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas.

f) L. 30 §. 1 D. h. t. (41, 2): — locum religiosum et sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum. (L. 1 §. 22 D. h. t. (41, 2): forum autem et basilicam hisque similia non possident (municipes), sed promiscue his utuntur. Ihering, Beiträge S. 129 f. R.)

a) L. 3 §. 5 D. h. t. (41, 2): Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alinm iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse, quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat, quod est

Der Grundsatz, daß der Verpfänder die Usucapion fortsetzt neben dem Besitz des Faustpfandgläubigers[b]), ist eine Ausnahme von den Usucapionsregeln, nicht von jenem Princip.

Dagegen ist es eine juristische Modification, daß durch die Möglichkeit, den animus possidendi auf einen ideellen Theil der Sache zu richten, obwohl die körperliche Gewalt sich nicht auf einen solchen Theil beschränken läßt, ein Mitbesitz möglich geworden ist, vorausgesetzt, daß ein bestimmter ideeller Theil durch eine juristische Thatsache gegeben und von dem Besitzer gekannt wird[c]).

B. Erwerb.

§. 130.

Der Besitz wird erworben durch die Vereinigung der beiden Elemente, aus denen er besteht (corpus und animus §. 123) in der Person des Erwerbers[a]). Die Hervorbringung des körperlichen Verhältnisses heißt Apprehension; sie ist geschehen, wenn der Erwerber in die gegenwärtige Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache gekommen ist, gleichviel von welcher besonderen Beschaffenheit die Acte und Anstalten seyen, durch welche diese factische Gewalt vermittelt wird[b]). Mit dem durch die Apprehension hervorgebrachten körperlichen Zustand muß sich nun der animus possidendi verbinden, der

---

verius: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris (Paul.). L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6). Die in jener Stelle bestimmt verworfene Ansicht, daß Einer iuste, ein Anderer gleichzeitig iniuste, wenigstens precario besitzen könne, kommt noch in einigen Stellen vor. Ulp. L. 3 pr. D. uti possid. (43, 17), Pompon. L. 15 §. 4 D. de precar. (43, 26). S. über ihre Entstehung Puchta, Cursus der Inst. II. §.229. (Rudorff zu Savigny Num. 41—49 S. 623—631. R.)

b) L. 16 D. de usurp. (41, 3), L. 36 D. h. t. (41, 2).

c) L. 32 §. 2 D. de usurp. (41,3): Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit (Pompon.). (Vgl. Rudorff zu Puchta Vorles. §. 128 Note 6 und Beilage XII. R.) L. 26 D. h. t. (41, 2): Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: quidquid mei iuris in eo fundo est. nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id quod incertum est, potest (Pompon.).

a) L. 3 §. 1 D. h. t. (41, 2): — adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore —.

b) L. 1 §. 21 eod.: — non est enim corpore et actu (tactu) necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res,

mit der Apprehension gleichzeitig seyn, aber auch nachfolgen kann[c]). Die Erfordernisse des Besitzerwerbs verändern sich nicht, er mag unter Mitwirkung eines bisherigen Besitzers, Tradition, geschehen oder durch die bloße Thätigkeit des Erwerbers, Occupation. Die Tradition enthält keine Succession in den Besitz[d]).

Die Apprehension kann durch Repräsentanten, unfreie und freie (§. 53), geschehen, die dadurch für einen anderen den Besitz erwerben (§. 52), vorausgesetzt, 1) daß der Repräsentant diesen Willen hat[e]), 2) daß der Erwerber den animus possidendi hat, in dem Willen findet regelmäßig keine Vertretung Statt, possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno[f]); eine Ausnahme aber ist gemacht bey dem Erwerb für

---

quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas. Nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint. L. 74 D. de contr. emt. (18, 1). Weitere Anwendungen dieses Princips: s. g. longa manu traditio, L. 18 §. 2 D. h. t., L. 79 D. de solut. (46, 3); Custodia, L. 18 §. 2 cit., L. 51 D. h. t.; Schätze, L. 3 §. 3, L. 44 pr. eod., L. 15 D. ad exhib. (10, 4); wilde Thiere, L. 5 §. 1, L. 55 D. de adqu. dom. (41, 1). Vgl. Savigny, R. d. B. §. 14—18. (Eine abweichende Theorie versucht Baron in Jhering's dogm. Jahrb. VII. 3 [1864], indem er, um für den Erwerb und die Fortdauer des Besitzes eine gleiche Regel zu gewinnen, von der Custodia der Mobilien, also einer künstlichen vermittelnden Anstalt, ausgeht: vgl. dagegen Rudorff zu Savigny 7. Aufl. Num. 71 S. 640—645. Num. 104 S. 675. R.)

c) L. 3 §. 3 D. h. t. (41, 2). Das letztere kommt namentlich so vor, daß der natürliche Besitzer durch die Annahme des animus domini (also ohne eine neue Apprehension) den juristischen Besitz erwirbt; darin besteht das Wesen der s. g. brevi manu traditio, L. 9 §. 5 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 9 §. 1 D. de publ. act. (6, 2), L. 9 §. 9 D. de reb. cred. (12, 1), L. 62 pr. D. de evict. (21, 2).

d) (Dagegen Brinz, Pand. §. 27. Derselbe, über possessionis traditio im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts III. No. 2 (1858) wegen L. 38 §. 1 D. h. t. (41, 2), L. 14 §. 1 D. de div. temp. (44, 3), vgl. dagegen: Vorlesungen 5. Aufl. §. 130 Note 2. Witte in Linde's Zeitschrift, N. F. XVIII. (1861) Num. 15 und über beide: Rudorff zu Savigny Num. 15 S. 571—574. R.)

e) L. 1 §. 19. 20 D. h. t. (41, 2). Ausnahmen 1) der Wille, für sich selbst zu erwerben, hindert nicht bey dem Erwerb des Filiusfamilias, den durch ihn der Vater vermöge der väterlichen Gewalt macht, L. 15. 40 pr. eod., vgl. L. 1 §. 19 eod.; 2) der Wille, für sich oder für einen Anderen zu erwerben, hindert nicht bey dem Erwerb durch irgend einen, auch freien, Repräsentanten, wenn der Tradent den Willen hat, in der Person des Repräsentanten den Dominus zum Besitzer zu machen, L. 13 D. de donat. (39, 5), vgl. Savigny, R. d. B. S. 353 Note 1 über die scheinbar entgegenstehenden L. 37 §. 6, L. 59 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 43 §. 1 D. de furt. (47, 2). L. 2 C. de his qui a non dom. (7, 10). (Abweichend: Bremer, Zeitschrift für Civilr. und Proceß. N. F. XI. [1854] Num. 7 S. 249 f., s. dagegen: Rudorff zu Savigny Num. 92 S. 669. R.)

f) Paul. sent. V. 2, 1., L. 42 §. 1 D. h. t. (41. 2): Procurator si quidem

das Peculium[g]), und bey dem juristischer Personen durch ihre gesetzlichen Vertreter und Bevormundeter durch ihre Vormünder[h]). Kraft der Möglichkeit, durch Repräsentanten Besitz zu erwerben, kann eine Tradition durch die bloße Erklärung des bisherigen juristischen Besitzers, fortan im Namen des Empfängers besitzen zu wollen, geschehen[i]), diese Tradition hat man constitutum possessorium genannt.

C. Verlust.

§. 131.

Für die natürliche Anschauung hört der Besitz auf, sowie das körperliche Verhältniß gegenwärtiger Gewalt über die Sache wegfällt, oder der Wille nicht mehr auf die Sache gerichtet ist. Anders aber bestimmt es das Recht, da nur durch eine Abweichung von dem natürlichen Standpunkt dem Besitz die Möglichkeit einer Dauer und damit ein selbstständiges rechtliches Interesse gegeben werden kann. Das zwar ist festgehalten, daß der Besitz in der Verbindung jener Elemente besteht, und daher durch die Aufhebung eines von ihnen zerstört wird[a]), aber er wird erst verloren, wenn von dem einen oder dem anderen der entgegengesetzte Zustand eingetreten ist[b]). Dieß ist in Beziehung

---

mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem, quod si sua sponte emerit non nisi ratam habuerit dominus emtionem. L. 24 D. de neg. gest. (3, 5). L. 1 C. h. t. (7,32): Per liberam personam ignoranti quoque possessionem adquiri, et postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse, tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est. Kenntniß der individuellen Sache: L. 34 §. 1 D. h. t. Puchta, de dom. rerum per proc. adqu. 1842. — Ueber das besondere Recht des Usucapionsbesitzes s. §. 157. Streitfrage: ob generelles Mandat genüge? Dagegen: Savigny S. 316. Dafür: Bremer in Linde's Zeitschr. XI. No. 7. XVII. No. 8, Seuffert's Archiv II. 135. V. 106. X. 134.; vgl. Rudorff a. a. O. Num. 93 S. 669. 670. R.)

g) L. 1 §. 5, L. 3 §. 12, L. 4 D. h. t. (41, 2).

h) §. 127 Note b. L. 31 §. 3, L. 47 D. de usurp. (41, 3), L. 7 §. 3 D. ad exhib. (10, 4).

i) L. 18 pr. D. h. t. (§. 123 Note b), L. 77 D. de R. V. (6, 1), L. 28. 35 §. 5 C. de donat. (8, 54).

a) L. 3 §. 6, L. 17 §. 19, L. 2. 44 §. 2 D. h. t. (41, 2).

b) L. 153 D. de R. I. (50, 16): Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. (L. 8 D. de poss. [41, 2], vgl. L. 10 §. 13 D. de gradib. [38, 10] per utrumque parentem, id est aut per matrem tantum, aut per patrem, aut per utrumque. L. 16 D. de leg. 2 [31]. L. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. [6, 61]. Savigny §. 30, Rudorff Nr. 98 bis 102. R.)

auf das corpus die Unmöglichkeit, sich beliebig in den Zustand factischer Gewalt über die Sache zu versetzen[c], in Beziehung auf den animus der Wille, nicht zu besitzen[d]. Für den Besitz eines Grundstücks ist das Besondere festgesetzt, daß er zwar, wie der Besitz beweglicher Sachen, ohne den Willen, aber durch fremde Bemächtigung nicht ohne das Wissen des Besitzers oder seines Repräsentanten verloren werden kann[e].

Wird der Besitz durch einen Repräsentanten ausgeübt, so kann der Besitzer ihn animo verlieren, nicht corpore in seiner Person[f], dagegen in der Person des Repräsentanten[g]. Dieß geschieht aber nicht durch den bloßen Willen des Repräsentanten, den Besitz aufzugeben[h], oder ihn selbst zu haben[i], oder für einen Anderen zu besitzen[k], oder durch eintretende Willensunfähigkeit desselben[l], oder Endigung des Repräsentationsverhältnisses[m], wenn nicht in diesen Fällen noch ein

c) L. 3 §. 11. 13—17 D, h. t. (41, 2), L. 1 §. 45. 47 D. de vi (43, 16), L. 5 §. 4. 5 D. de adqu. dom. (41, 1).

d) L. 17 §. 1, L. 18 §. 1, L. 27. 29 D. h. t., L. 12 §. 1 eod.: nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare, non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.

e) L. 3 §. 7. 8, L. 6 §. 1, L. 7. 25 §. 2, L. 46 D. eod. (Erklärungsversuche machen: Witte in Linde's Zeitschr. N. F. XVIII. [1861] Nr. 15 S. 255—269, Baron, Gesammtrechtsverhältnisse [1864] S. 90—107 und in Jhering's Jahrb. für Dogmatik VII. [1864] Nr. 3 S. 144 f. 162. 165. Allein der ganze Grundsatz betrifft nicht den Besitzverlust, sondern die Interdicte, der frühere Besitzer behält das int. retinendae possessionis mit der recuperatorischen Wirkung des int. de clandestina possessione gegen den Occupanten, der Occupant hat dagegen den Besitz und die Interdicte gegen Dritte, sonst entstünde eine possessio duorum in solidum. Vgl. Rudorff zu Savigny 7. Aufl. Nr. 106. 110. S. 676. 678 f. R.)

f) L. 1 §. 45 D. de vi (43, 16).

g) L. 1 §. 22 eod.: Quod servus vel procurator vel colonus teneat, dominus videtur possidere, et ideo his deiectis ipse deiici de possessione videtur etiamsi ignoret eos deiectos, per quos possidebat. Et si quis igitur alius, per quem ego possidebam, deiectus fuerit, mihi competere interdictum, nemini dubium est.

h) L. 3 §. 7. 8, L. 25 §. 1 D. h. t. (41, 2). Eine zum Theil abweichende Ansicht, L. 40 §. 1, L. 44 §. 2 eod., L. 33 §. 4 D. de usurp. (41, 3), ist von Justinian verworfen. L. 12 C. h. t. (7, 32). Wegen der verschiedenen Erklärungen dieser Stellen s. Savigny, R. d. B. §. 38 und Vangerow, Leitfaden I. S. 299 ff. (Schirmer, über den Verlust des Besitzes deponirter und vom Depositar veruntreuter Sachen, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. [1854] XI. Num. 12. Arndts §. 143 Anm. 1. R.)

i) L. 3 §. 18, L. 47 D. h. t. (41, 2), L. 67 pr. D. de furt. (47, 2).

k) L. 32 §. 1 D. h. t.

l) L. 25 §. 1 eod.

m) L. 60 §. 1 D. loc. (19, 2).

anderer Umstand hinzutritt, der dem Besitzer auch den in eigener Person ausgeübten Besitz zu entziehen die Kraft hat[n]).

IV. Wirkungen und Schutz des Besitzes.

A. Allgemeines.

§. 132.

Der Besitz wird als ein Recht behandelt, indem mit ihm ein Rechtsschutz verbunden ist, auf welchen der Besitzer als solcher Anspruch hat. Dieser Rechtsschutz besteht in den possessorischen Interdicten, interdicta quae possessionis causam habent[a]), deren Zweck theils die Aufrechthaltung eines bestehenden Besitzes, retinenda possessio, theils die Wiederherstellung eines verlorenen, recuperanda possessio, ist[b]). Die possessorischen Interdicte setzen den Besitz mit dem animus domini (oder einen abgeleiteten Besitz §. 125) voraus, aber auch

n) (Eine abweichende Theorie des Erwerbes, der Fortdauer und des Verlustes des Besitzes hat Jhering Versuche S. 153 f. 168 f. 182 f. aufgestellt. Sie gründet den Erwerb des Besitzes auf die „Thatsächlichkeit des Eigenthums", die Fortdauer auf die diligentia, den Verlust auf die negligentia des Eigenthümers, und beruft sich dafür auf Aussprüche wie L. 2 C. de poss. (3, 32), L. 47, L. 3 §. 10. 13, L. 13 pr., L. 40 §. 1 D. de poss. (41, 1), L. 37 §. 1 D. de usurp. (41, 3). Allein diese Stellen beschränken sich auf den zweifelhaften Fall des non usus, welcher unter Umständen eine Präsumtion des Verzichts begründen kann. Die Theorie der römischen Juristen über die bestimmten Fälle des corpus und animus wird dadurch nicht alterirt. R.)

a) Vgl. L. 2 §. 2 D. de interd. (43, 1), L. 50 D. de servit. (8, 1). (Der Schutz des Besitzes durch Actionen, mittels deren ein Besitzgeschäft [§. 125 d] rescindirt, also der Besitzverlust animo rückgängig gemacht wird, (L. 1 §. 4 D. uti possid. [43, 17], L. 1 §. 1, L. 2 D. de cond. trit. [13, 3], L. 15 §. 1 D. de cond. indeb. [12, 6], L. 9, pr. L. 21 pr. D. quod. m. c. [4, 2], L. 2 §. 2, L. 19 §. 2 D. de precario [43, 26]. Bruns, Recht d. Bes. §. 5) gehört nicht in die Besitzlehre, da er keine Verletzung des Besitzwillens, sondern nur den Besitz als Gegenstand voraussetzt. Vgl. Rudorff zu Savigny, 7. Aufl. Num. 161. S. 708—713. R.)

b) L. 1 §. 4 D. uti possid. (43, 17): — Et, ut Pedius ait, omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut, quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus. Restitutae possessionis, ordo aut interdicto expeditur aut per actionem. Retinendae itaque possessionis duplex via est, aut exceptio aut interdictum, exceptio datur ex multis causis ei, qui possidet. Sofern eine Exceptio zwar den Erfolg hat, den Besitzer zu schützen, aber nicht aus dem Grund, weil er Besitzer ist, sondern aus einem anderen, z. B. wegen eines ihm zustehenden Rechts an der Sache, gehört sie nicht zu den possessorischen Rechtsmitteln, so wenig als eine Klage, die zwar den Erfolg, uns einen verlorenen Besitz wieder zu verschaffen, aber diesen Besitz nicht zum Grund hat, z. B. die rei vindicatio, actio quae metus causa etc. Dies übersehen die, welche das Retentionsrecht (§. 94) für eine Wirkung des Besitzes halten.

nur diesen, das reine Factum des juristischen Besitzes[c]); nur den Einfluß hat die causa possessionis, daß, wenn zwey Besitzer (ein gegenwärtiger und ein ehemaliger) einander gegenüberstehen, deren einer von dem anderen vi oder clam oder precario besitzt, jener nicht gegen diesen in dem Besitz geschützt wird (§. 123. 124)[d]).

Der juristische Besitz hat noch gewisse besondere Wirkungen, um deren Willen die Besitzfrage von rechtlichem Interesse ist, 1) daß unter gewissen Voraussetzungen der Besitzerwerb (Occupation, Tradition) eine Form des Eigenthumserwerbs ist[e]), 2) daß seine Fortsetzung eine gewisse Zeit hindurch zum Eigenthumserwerb (durch Usucapion) führt[f]), 3) daß ihm, wenn er die Eigenschaften eines Usucapionsbesitzes hat, ein besonderer Schutz in der Publiciana in rem actio gegeben ist[g]).

Interdicta retinendae possessionis.

§. 133.

Zwey Interdicte haben die Bestimmung, einen angefochtenen Besitz aufrecht zu erhalten, das eine den Besitz von Grundstücken, interdictum uti possidetis, das andere den Besitz beweglicher Sachen, interdictum utrubi[a]). Die Veranlassung dieser Interdicte besteht

c) L. 2 D. eod. (§. 122 Note b), L. ult. D. de adqu. poss. (41, 2): Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet.

d) L. 1 §. 9 D. uti poss. (43, 17): Quod ait praetor in interdicto: nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. has enim possessiones non debere proficere, palam est.

e) Durch diese Wirkung ist der Besitzerwerb ein juristischer Act, aber man kann nicht sagen, daß dadurch der Besitz (als Zustand) ein Rechtsverhältniß ist.

f) Dieß ist eine Wirkung des Besitzes als Zustandes, aber keine reine, theils weil er sie nur in der Verbindung mit gewissen rechtlichen Eigenschaften hat, die ihm selbst einen besonderen rechtlichen Charakter geben, theils weil sie nicht allein eine Wirkung des Besitzes, sondern zugleich der Zeit ist.

g) In dieser Wirkung aber tritt der Besitz aus seiner eigentlichen Sphäre heraus und in die des Eigenthums über, ja sie ist so sehr die Wirkung der mit dem Besitz verknüpften rechtlichen Elemente (iustus titulus etc.), nicht eigentlich des Besitzes selbst, daß dieser nicht einmal schlechterdings für sie gefordert wird (§. 173).

a) Dig. XLII. 17. Cod. VIII. 6: uti possidetis. Dig. XLIII. 31: utrubi. Vgl. Savigny, R. d. B. §. 37—39, E. Albert, über das int. uti poss. 1824, und die unter Note f citirten Schriften. (Herm. Witte, das int. uti possidetis als Grundlage des heutigen possessorium ordinarium. 1863, Eck, die sogenannten doppelseitigen Klagen (1870) S. 28—88, Krüger, Bemerkungen über das interdictum uti possidetis, Krit. Versuche (1870) S. 88—113. R.) Beide Interdicte

in einer Anfechtung des Besitzes, sey diese mit einer körperlichen Störung verbunden (in welchem Fall das Interdict auf Anerkennung des Besitzes, Unterlassung der Störung, und Beseitigung derselben, also Wiederherstellung und Schadenersatz gerichtet ist)[b]), oder bestehe sie blos in der Bestreitung des Besitzes (in welchem Fall das Interdict auf Anerkennung des Besitzes und Verbot der Störung oder, falls die Sache bey dem Unterliegenden seyn sollte, auf Herausgabe oder Aestimation geht)[c]). Hier dienen die Interdicte vornehmlich als Vorbereitung für den Streit über das Recht (das Petitorium), sofern bey diesem die Parteirolle von dem Besitz abhängt[d]).

werden im justinianischen Recht gleich behandelt, im alten Recht hatte das zweite die Eigenthümlichkeit, die Gaius IV. 150 so ausdrückt: Et si quidem de fundo vel aedibus interdicitur, eum potiorem esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possideat, si vero de re mobili, tunc eum potiorem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possedit —.

b) L. 3 §. 2—4. 9 D. uti poss. (43, 17), L. 8 §. 5 D. si serv. (8, 5). (Auf diesen Ersatzanspruch bezieht sich im justinianischen Recht die Clausel: neque pluris quam quanti ea res erit intra annum quo primum experiundi potestas fuerit agere permittam, welche eine extraordinaria actio nach dem Muster des Cascellianum iudicium (Gai. 41. 167, Rudorff, de iurisd. edictum §. 247 p. 217 p. 220 not. 10—12) verheißt. R.)

c) L. 1 pr. 3 §. 11 D. uti poss. (43, 17). (L. un. C. eod. 8, 6 kann in der That auch darauf bezogen werden; dagegen sind Savigny, R. d. B. S. 409 f. (7. Aufl.) Note 1 und die dort cit. Schriftsteller. Auf die Bestreitung und präjudicielle Anerkennung des Besitzes bezieht sich das possidetis in dem doppelseitigen Interdict. R.)

d) L. 1 §. 2. 3 D. eod.: Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit. fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est, ille possessorio commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. §. 4 I. de interd. (4, 15). (Jetzt hat Jhering, Beiträge zur Lehre vom Besitz, Jahrb. IX. S. 44. 53. 64. 195, und nach ihm Krüger, Versuche zur Kritik S. 78 f., die alte Theorie der provisorischen Vindicationen wieder hervorgesucht, welche seit Savigny §. 36 als beseitigt gelten durfte. Die Interdicte sollen eingeführt und wesentlich dazu bestimmt sein, dem Eigenthümer im Eigenthumsprocesse eine „Position", d. h. eine Beweiserleichterung zu verschaffen, dem Nichteigenthümer (Diebe, Räuber) soll diese Erleichterung nur Kraft einer nothwendigen Consequenz zu Statten kommen. Allein diese Auffassung ist 1) eine moderne, welche erst in der römischen Rechtswissenschaft auftaucht, sodann im neueren römischen Constitutionen-Recht (L. un. C. uti poss. (8, 6), L. 1 C. de

Bey diesen Interdicten siegt der gegenwärtige juristische Besitzer[e]), nur nützt niemandem ein Besitz, den er vi, clam oder precario von dem Gegner überkommen hat, exceptio vitiosae possessionis ab adversario (§. 132). Aber sie sind interdicta duplicia, beide Parteien sind als Kläger und Beklagte zu behandeln, daher kann der Kläger in Folge der exceptio vitiosae possessionis zur Herausgabe des Besitzes condemnirt werden, überhaupt der ehemalige Besitzer den ihm vi ꝛc. entzogenen Besitz durch diese Interdicte wieder erlangen[f]). Sie

int. (8, 1), L. 13 C. de R. V. (3, 30), L. 1 C. si de mom. (7, 69), L. un. C. Th. utrubi 4, 23) fortentwickelt wird und erst im mittelalterlichen Recht zur vollen Herrschaft gelangt; 2) das Edict und die Interdicte beruhen dagegen auf dem allgemeinen Princip des Schutzes der Defensive und des status quo, auf dem Grundsatze vim vi repellere licet, unusquisque possessor *hoc ipso quod possidet*, plus iuris habet quam qui non possidet, einem Grundsatz, der selbst das internationale Recht beherrscht, in dem von einem Vindicationsprocesse gar nicht die Rede seyn kann. 3) Eben darauf beruht der stärkere Schutz gegen bewaffnete Gewalt und die vis nach erlassenem Interdict (Gai. 4, 170 Studemund). 4) Wäre Jhering's Princip richtig, so hätte auch der Detentor die Interdicte (L. 9 D. de rei vind. 6, 1) und das liquide Petitorium absorbirte das Possessorium. 5) Daß die Interdicte wegfallen, wenn die Person oder Sache des Eigenthums unfähig ist, hat ganz andere Ursachen als eine Erleichterung des Beweises. Bey res religiosae z. B. treten ihrer Bestimmung gemäß die Interdicte de mortuo inferendo und de sepulcro aedificando an die Stelle der possessorischen. Uebrigens ist auch der Grundsatz vim vi repellere licet nicht um der Diebe und Räuber willen erfunden, die den Rechtsfrieden brechen, sondern um der, welche ihn halten. — Das Resultat ist, daß die Doppelinterdicte zwar zur Bestimmung der Parteirollen im Eigenthumsstreit häufig genug verwerthet, aber unmöglich dafür eingeführt sind, denn die folgende Vindication durch Legis Actio blieb ja duplex nach wie vor. Hiernach darf Jhering's Ansicht als eine unbegründete bezeichnet werden. R.)

e) S. auch §. 4 I. cit.: — — ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet (vgl. Note a). Ueber den Beweis des gegenwärtigen Besitzes vgl. Savigny, R. d. B. §. 35 a. E.

f) L. 3 pr. D. uti poss. (43, 17). Die Durchführung des Princips der Duplicität, welches den entscheidenden Einfluß auf die Stellung und Anwendung dieser Interdicte hat, ist in den letzten Jahren von drey Schriftstellern unabhängig von einander (nur zum Theil mit einigen Abweichungen in den Consequenzen) unternommen worden: Vangerow, Leitfaden I. §. 336 (1839), Puchta, Cursus der Inst. II. §. 225 (1842), Keller, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XI. 9, vgl. Rudorff, ebendaselbst 10 (1842). (Dagegen behauptet Schmidt, Interdictverfahren S. 113 f.: die recuperatorische Wirkung sey nicht Folge der Duplicität an sich, sondern nur unter gleichzeitiger Voraussetzung einer possessio plurium in solidum und falle daher mit Verwerfung dieser (§. 129 a) hinweg. Allein s. dagegen Rudorff zu Savigny 7. Aufl. Num. 137 S. 637—639. Andererseits bemerkt Eck, S. 50. 65, daß aus der Duplicität nur die Gleichheit beider Klagrechte, nicht aber deren Inhalt folge. In der That aber ist die recuperatorische Wirkung zu Gunsten des Dejicirten von der Duplicität unabhängig (L. 3 pr. D. h. t. 'si a me (sc. vitiose) possides

sind indessen auf einen annus utilis beschränkt, und darin liegt zweyerlei: 1) bey der Veranlassung durch eine körperliche Störung verjähren sie in dieser Zeit von der Störung an, 2) die Geltendmachung des vitium possessionis setzt voraus, daß die vis ꝛc. innerhalb dieses Zeitraums von der Anstellung der Klage rückwärts gerechnet vorgefallen ist[g]).

Durch die interdicta retinendae possessionis wird auch die Frage entschieden, wer für die Dauer des Petitoriums den Besitz erhält; dieselbe Frage entsteht aber für den Besitzproceß selbst. Der Bestandtheil des alten Interdictenprocesses, der sich darauf bezog[h]), ist nicht ins justinianische Recht übergegangen, nach der Praxis bestimmt der Richter den provisorischen Besitzstand am Eingang des Possessoriums nach der Wahrscheinlichkeit (namentlich zu Gunsten dessen, der die jüngste Besitzhandlung für sich nachweisen kann)[i]). Man ist sogar so weit gegangen, die provisorische Entscheidung zum Gegenstand eines besonderen Rechtsmittels und Processes (possessorium summarium, summariissimum) zu machen[k]).

---

superior sum interdicto'). Die sonstigen Gegengründe Eck's S. 52 drücken auf das Wort possides, während sie das allein entscheidende nec vi nec clam nec precario ab altero unbeachtet lassen. Krüger S. 93. 94. Bey der clandestina und precaria possessio des Besitzers ist die recuperatorische Wirkung ohnehin unläugbar, Rudorff zu Savigny Num. 46. 106. 110, um so weniger kann der Deficient superior interdicto sein. R.)

g) L. 1 pr. eod. (Zu diesem Satz würde eine unzulässige Verjährung der Erceptionen liegen §. 95. Die Verjährung hat überhaupt nur für das iudicium Cascellianum auf Ersatz wegen einer vergangenen Störung oder Besitzentziehung einen Sinn. Vgl. L. 1 §. 4 D. de interd. 43, 1. R.)

h) Fructus licitatio, Gai. IV. 166 ff. (Ueberhaupt die cetera ex interdicto: vis post interdictum redditum (nicht ex conventu, wie Krüger S. 83 sie nennt; dadurch würde der Besitz animo verloren, folglich auf den Interdictsschutz verzichtet), die fructus licitatio, die fructuaria stipulatio, das fructuarium iudicium. Diese Interimistica, welche gleichsam die Vindicien des Besitzprozesses bildeten, so daß selbst die satisdatio iudicatum solvi und bei deren Verweigerung die translatio possessionis durch interdicta secundaria auch im Besitzprocesse vorkam (L. 61 D. de V. S. (50, 16), L. 156 pr. D. de R. I. 50, 17) fallen im justinianischen Recht sämmtlich weg. Vgl. Krüger S. 84. R.)

i) Vgl. W. H. Puchta, über die gerichtl. Klagen §. 61—63.

k) Es kommt ein doppeltes System in Beziehung auf das Verhältniß des possessorium ordinarium und summarium vor: 1) Das poss. ordinarium ist das römische interdictum uti possidetis, das summarium ein bloßes Provisorium in der im Text dargestellten Art; dieß ist als die gemeinrechtliche Gestalt der Sache zu betrachten. 2) Das poss. summarium ist das eigentliche Possessorium, das interdictum retinendae possessionis, aus dem gegenwärtigen (jüngsten) einfachen juristischen Besitz; das poss. ordinarium dagegen setzt einen Titel für den Besitz voraus, und ist also der actio Publiciana analog, d. h. es ist gar kein interdictum

Interdicta recuperandae possessionis*).

§. 134.

Vermöge ihrer Eigenschaft als duplicia iudicia dienen die interdicta retinendae possessionis auch zur Wiedererlangung eines vi, clam oder precario an den Gegner verlorenen Besitzes (§. 133), doch nur unter der Voraussetzung, daß der Gegner noch besitzt. Es sind aber noch besondere Interdicte auf Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes gegeben, die von dieser Voraussetzung unabhängig sind, und zwar entschieden wegen eines gewaltsam entzogenen Besitzes, interdictum de vi [a]), und wegen eines precario verwilligten Besitzes, interdictum de precario [b]), ob auch wegen des dritten vitium possessionis, ist ungewiß [c]).

1. Interdictum de vi.

§. 135.

Das interdictum de vi setzt juristischen Besitz eines Grundstücks voraus [a]), den der Kläger durch eine gegen seine oder seines Repräsen-

retinendae possessionis mehr, sondern eine provisorische Vindication. Diese Gestalt hat man der Sache in Sachsen gegeben. (Gegen die Eigenthum und Besitz vermischende Annahme einer dinglichen Klage des älteren Besitzers gegen jeden jüngeren Besitzer, der nicht einen Titel oder Veräußerung des Besitzes vom Kläger nachweise [Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts 1851], vgl. Bruns, der ältere Besitz und das poss. ordinarium in dem Jahrb. des gem. deutschen Rechts IV. 1 [1860] und soweit jene Klage auf die Lehre der Glossatoren und das canonische Recht gegründet wird: Maassen über das Int. uti possidetis und die Decretale Licet causam [c. 9. X. de probat. 2, 19] in Bekker's Jahrbuch II. No. 13. R.)

*) (Jhering, Beiträge S. 82—122. R.)

a) Dig. XLIII. 16: de vi et vi armata. Cod. VIII. 4: unde vi. 5: si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.

b) Dig. XLIII. 26: de precario. Cod. VIII. 9: de precario et Salviano interdicto. (G. E. Schmidt, das Commodatum und Precarium. 1841. Vgl. Schmidt [von Ilmenau] in Richters Jahrb. 1843. S. 769—793. Bulling, das Precarium. 1846. R.)

c) Daß auch der durch Verheimlichung erworbene Besitz gegen den Verlierenden schutzlos sey, nam de clandestina possessione competere interdictum sagt Julian bey Ulpian, L. 7 §. 5 D. comm. div. (10, 3), wie auch Cic. agrar. III. 3, dieß kann aber sehr wohl von dem interdictum retinendae possessionis verstanden werden.

a) L. 1 §. 23—26 D. de vi (43, 16), L. 1 §. 9. 10 eod. (§. 124 Note e), L. 1 C. si per vim (8, 5). Die Ansicht Thibaut's (Archiv XVIII. 13) u. A., daß bey diesem Interdict auch die Detention hinreiche, hat kaum den Schein eines Grundes für sich. — Die Beschränkung auf Grundstücke wird noch besonders nachdrücklich eingeschärft in L. 1 §. 6 D. de vi (43, 16). Durch L. 7 C. unde vi (8, 4) ist das

tanten Person verübte Gewalt[b]) an den Beklagten verloren hat[c]). Der Beklagte ist der Dejicient, habe er die That selbst oder durch einen Anderen vollbracht[d]). Die Klage geht auf Restitution des Besitzes mit Ersatz des vollen Interesse, namentlich auch aller anderen Sachen, die dem Dejicirten durch die Dejection verloren gegangen sind[e]), sie ist aber auf ein Jahr beschränkt[f]). Die exceptio vitiosae possessionis ab adversario wird gegen dieses Interdict nicht zugelassen[g]).

2. Interdictum de precario.

§. 136.

Precarium ist die Ueberlassung der Ausübung des Eigenthums oder eines anderen Rechts auf beliebigen Widerruf[a]). Es fordert aus-

Interdict nach Savigny, R. d. B. §. 40 auf bewegliche Sachen stillschweigend ausgedehnt. Dieses Gesetz setzt Restitution des Besitzes und Verlust des Eigenthums oder der Aestimation der Sache als Strafe der Selbsthülfe fest. Es setzt ein Rechtsmittel auf Restitution des Besitzes voraus, dieß ist bey unbeweglichen Sachen das interdictum de vi (darum in diesen Titel gestellt), bey beweglichen das interdictum utrubi (nach §. 1 I. de vi bon. rapt. [4,2] hat es den Anschein, als ob auch die actio vi bonorum raptorum); anders verhält sich die Sache auch nicht nach just. Recht. Dieß geht auch aus der Erwähnung in §. 6 I. de interd. (4, 15) hervor, wo zuerst vom interdictum de vi die Rede ist, dann bemerkt wird, daß überdieß die L. 7 C. cit. Anwendung, endlich auch noch die criminelle Behandlung nach der Lex Iulia de vi privata oder publica Statt finde.

b) L. 1 §. 3. 29 D. de vi (43, 16).

c) L. 1 §. 45. 46 eod. Justinian verordnet L. 11 C. unde vi (8, 4), auch der soll als gewaltsamer Besitzer belangt werden können, welcher des Grundstücks eines Abwesenden sich bemächtigt hat, eine ganz willkürliche Bestimmung, da hier zwey wesentliche Voraussetzungen: erlittene Gewalt und Verlust des Besitzes, fehlen. Auf dieser Bahn der Willkür ist das canonische Recht fortgeschritten, indem es das Interdict auch gegen einen dritten Besitzer giebt, wenn dieser nur von der dem früheren Besitzer angethanen Gewalt gewußt hat, c. 18 X. de restit. spoliat. (2, 13). (Ueber die Dogmengeschichte der Spolienklage von Gratian bis zur Glossa ordinaria: Maassen in Bekker's Jahrbuch III. Nr. 8. R.) Noch weiter haben deutsche Praktiker gehen wollen, indem sie die Spolienklage des canonischen Rechts (d. h. eben das interdictum de vi) so weit ausdehnen wollten, daß es kaum irgend einen Fall gäbe, worin sie nicht anwendbar wäre. Dieß ist eine in ihrer eigenen Absurdität sich vernichtende Meinung. (Vgl. hierzu Brinz, Pand. §. 33. R.)

d) L. 1 §. 12—15, L. 3 §. 10—12 D. de vi (43, 16), vgl. Note c. Gegen die Erben eine in factum actio auf das, was an sie gekommen ist, L. 1 §. ult., L. 2. 3 pr. §. 1 eod.

e) L. 1 §. 31—42, L. 6. 15 eod. Die Früchte von der Zeit der Dejection, L. 1 §. 40 eod.

f) Nach Ablauf des Jahrs kann noch auf das, was an den Beklagten gekommen ist, geklagt werden, L. 1 pr. 3 §. 12 eod.

g) §. 6 I. de interd. (4, 15).

a) L. 1. 2 §. 3, L. 4 §. 1 D. de precario (43, 26). Nach diesem Begriff würde

drückliche oder stillschweigende Gestattung von der einen, Ausübung in diesem Sinn, also ausdrückliche oder stillschweigende Annahme jener Erlaubniß von der anderen Seite; beides wird im Fall einer Bitte, von der die Sache den Namen hat, unzweifelhaft seyn, aber jene wesentlichen Erfordernisse sind auch ohne preces möglich. Das Precarium ist kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine besondere Qualification des Besitzes, den der Precarist hat, durch die Einkleidung des Acts in einen Contract verliert er die Eigenschaft als Precarium[b]). Die precaria possessio ist juristischer Besitz, der Geber verliert ihn; um ihn wieder zu erlangen, hat er das interdictum uti possidetis oder utrubi (§. 134), dieß setzt aber voraus, daß er den Widerruf innerhalb eines Jahrs ausübt; um ihn von dieser Beschränkung zu befreien, ist das interdictum de precario eingeführt, welches von der einjährigen Verjährung ausgenommen ist[c]). Beklagter ist, der die Sache precario hat, oder sie so erhalten hat und durch Dolus oder culpa lata nicht mehr hat[d]); auch auf die Erben ist die Klage erstreckt worden[e]). Sie geht auf Restitution und Ersatz des durch Dolus oder culpa lata verursachten Nachtheils[f]).

man seine eigene Sache nicht precario haben können, es wurde aber eine Ausnahme bey dem Faustpfand gemacht, der Pfandgläubiger kann seinen Besitz precario dem Eigenthümer geben, L. 6 §. 4 eod. Ausübung eines ius in re L. 2 §. 3 cit.: Habere precario videtur, qui possessionem corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat. Aber auch irgend eine andere Befugniß kann Gegenstand des Precariums seyn, z. B. ut precario in fundo moretur, ut in possessione esset, hier ist der Precarist nicht juristischer Besitzer, L. 6 §. 2 eod., L. 10 D. de adqu. poss. (41, 2).

b) L. 14. 22 §. 1 D. de precar. (43, 26), L. 15 §. 3 eod.: Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit. Doch behandelte man es später als einen Innominatcontract und ließ dem Geber die Wahl zwischen dem Interdict und der actio praescriptis verbis, L. 1 §. 3, L. 2 §. 2, L. 19 §. 2 eod. (Der Grund ist, weil das Precarium zugleich ein Besitzgeschäft enthält [§. 132 a], auf welches sich die condictio incerti solius possessionis gründet, während das Interdict nur auf der in der Verweigerung enthaltenen Verletzung des Besitzwillens beruht. Vgl. auch Böcking, Pand. §. 106 Note 35. R.)

c) L. 8 §. 7 D. eod.: — cum enim nonnumquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum.

d) L. 2 pr. 4 §. 2, L. 8 §. 6, L. 22 §. 1 eod.

e) L. 8 §. 8 eod., L. 2 C. eod. (8, 9), vgl. L. 12 §. 1 D. eod., L. 11 D. de div. temp. praescr. (44, 3), Paul. sent. V. 6, 12.

f) L. 8 §. 4—6 D. de precar. (43, 26).

V. Quasibesitz eines Rechts.

A. Begriff und Umfang.

§. 137.

Besitz einer Sache (corporis possessio) ist die Ausübung des Eigenthums als selbstständiges, gegen das Eigenthum unabhängiges Verhältniß, welches theils bey der Erwerbung des Eigenthums, theils als ein zu schützendes bey dem Streit um das Eigenthum oder auch abgesehen davon zur Sprache kommt. Dasselbe Bedürfniß hat darauf geführt, auch die Ausübung anderer Rechte als ein dem Besitz analoges Rechtsverhältniß, als iuris quasi possessio zu behandeln[a]). Nur bey Rechten, denen ein dauernder Zustand der Ausübung entspricht, ist diese Behandlung möglich, sie setzt aber ferner voraus, daß unser Recht der Ausübung eines Rechts jene Wirkungen zuerkennt, Ersitzung oder Schutz durch possessorische Rechtsmittel, ja nur in dem letzten Fall ist ein dem Besitz vollkommen vergleichbares Verhältniß gegeben. Nach unserem Recht nun ist ein Quasibesitz: die Ausübung der Servituten, des Rechts der Superficies (diese beiden Fälle gehören dem römischen Recht an)[b]), der kirchlichen[c]) und gutsherrlichen Jurisdiction, der Reallasten (Rechte auf fortdauernde Prästationen, wobey das Recht oder die Pflicht oder beides zugleich mit dem Eigenthum oder Besitz eines Grundstücks verknüpft ist: Grundzinse, Zehnten, Frohnden, Bannrechte) — theils nach canonischem Recht, theils nach deutschen Reichsgesetzen und Gewohnheitsrecht[d]).

---

a) L. 20 D. de servit. (8, 1), L. 8 §. 3 D. si serv. (8, 5), L. 2 §. 3 D. de prec. (43, 26), L. 10 C. de adqu. poss. (7, 32).

b) Savigny, R. d. B. §. 44—47. Gegen die früher gewöhnliche Ansicht, daß der Usufructuar, und gegen die auch neuerdings von Mehreren behauptete, daß der Superficiar juristischer Besitzer der Sache (nicht iuris, sondern corporis possessor) sey, s. daselbst §. 23. L. 44 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), s. §. 128 Note b. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI. 7. S. 229—233. (Degenkolb, Platzrecht §. 10. S. 55 f., Wächter, Platzrecht I. 20, Windscheid §. 154 n. 7. Arndts Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. III. 9 [1847] versucht mit sehr achtbaren Gründen einen dritten Fall, die Ausübung der Emphyteusis hinzuzufügen, wodurch auch der Dominus nicht schutzlos gelassen würde, denn wenn gleich hier die Möglichkeit des Besitzes bleibt, während bei einem superficiarischen Gebäude, Stockwerk oder Zimmer der Eigenthumsbesitz wegfällt und nur für einen Rechtsbesitz Raum bleibt, so fehlt doch der Aneignungswille des Eigenthumsbesitzers. R.)

c) c. 17 X. de rest. spol. (2, 13), c. 9 X. de probat. (2, 19).

d) Vgl. Savigny, R. d. B. §. 29, Roßhirt, Archiv für civ. Pr. VIII. S. 49 ff. (1825), Duncker, die Lehre von den Reallasten (1837) §. 21. 22, Heerwart, zur Lehre von der quasi poss. und den damit verbundenen poss. Rechtsmitteln, Zeitschr. für

B. Erwerb und Verlust.

§. 138.

Der Quasibesitz wird erworben durch die wirkliche Ausübung des Rechts, auf welches er sich bezieht. Darin liegt 1) die Vornahme dessen, wozu das Recht befugt macht, in eigener Person oder durch einen Repräsentanten, bey persönlichen Servituten und Superficies Apprehension des natürlichen Besitzes der Sache, bey anderen positiven Servituten Vornahme der Handlung, Einrichtung der Anstalt[a]), bey negativen Servituten Verbot der Handlung an den dadurch Beschränkten, oder Erklärung desselben, die Handlung unterlassen zu wollen[b]), bey Reallasten Leistung und (bey Bannrechten) Verbot oder Erklärung, unterlassen zu wollen, von Seiten des Verpflichteten; 2) die Vornahme in dem Sinn einer Ausübung des Rechts[c]), beziehungsweise Leistung oder Unterlassung des Verpflichteten im Sinn einer Pflicht[d]). Beide Momente entsprechen dem corpus und dem animus bey dem körperlichen Besitz.

Verloren wird der Besitz eines Rechts nicht schon durch die Nichtausübung an sich[e]), sondern analog dem körperlichen Besitz animo oder corpore in contrarium acto, also 1) durch Aufgeben des Besitzes (animus non possidendi), 2) durch Ausschließung des Besitzers von der Ausübung mittelst eines außer ihm liegenden, von ihm nicht zu überwindenden Hindernisses, bey den Rechten, deren Besitz mit dem Besitz einer anderen Sache verknüpft ist, auch durch den Verlust dieses Besitzes.

C. Schutz des Quasibesitzes.

§. 139.

Auf manche Fälle des Quasibesitzes sind die possessorischen Interdicte der corporis possessio anwendbar, für manche sind besondere gegeben.

Civilr. und Civilpr. XII. 6. 9 (1839); bey dem letzteren Schriftsteller ist das Princip möglichster Beschränkung des Quasibesitzes vorherrschend. (Dagegen wird die weiteste Ausdehnung, selbst auf obligatorische Rechte mit wiederholter Ausübung, vertheidigt von Randa, über das Object des Rechtsbesitzes in Haimerl's Vierteljahrsschr. XI. [1863] S. 1—27. R.)

a) L. 20 D. de servit. (8, 1). Analog bey den Jurisdictionsrechten.

b) Savigny, R. d. B. §. 46.

c) L. 7 D. de itin. (43, 19): Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque. nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet. L. ult. D. quemadm. servit. (8, 6).

d) Vgl. Puchta in Weiske's Rechtslexikon: Besitz §. 18.

e) Daher bey Reallasten auf Leistung nicht dadurch allein, daß die Leistung (z. B. wegen Unvermögens der Verpflichteten) ausbleibt.

Für den Besitz persönlicher Servituten gilt das interdictum uti possidetis und utrubi utile[a]), eben so das interdictum de vi utile (si uti frui prohibitus esse dicetur)[b]); das letztere und auch das interdictum de precario[c]) findet bei dem Besitz der Superficies Anwendung[d]), als interdictum retinendae possessionis dient für diesen das interdictum de superficie[e]).

Bey Realservituten sind die interdicta recuperandae possessionis unanwendbar[f]). Der Besitz derjenigen, die in und mit dem Besitz des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden, ist durch das interdictum

---

a) L. 4 D. uti possid. (43, 17): (In summa puto dicendum (I) et inter fructuarios hoc interdictum reddendum (II) et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. (III) idem erit probandum et si ususfructus sibi defendat possessionem. (IV) proinde et si alter usum alter fructum sibi tueatur: et his interdictum erit dandum. Das Interdict ist überall ein utile (vgl. L. 14 D. de iniur. 47, 10), nur nicht überall mit derselben Abänderung wie im Fall No. I. — so Degenkolb, Platzrecht S. 77 —, sonst bliebe die in No. II. von einer Seite behauptete possessio unberücksichtigt. Aus demselben Grunde passen die zwey Interdicte und Cautionen nicht, welche Eck, doppelseitige Klagen S. 34 nach L. 22 §. 2 D. q. vi (43, 26) verlangt, zumal diese Stelle eine actio arbitraria voraussetzt. Der richtige Ausweg bleibt daher gleichwohl die von beiden Schriftstellern verworfene Combination des Eigenthums- und Rechtsbesitzes, da die Formel im edictum perpetuum §. 248 No. II. keineswegs, wie Eck S. 33 meint, zu einem int. quadruplex führt, weil beide Theile den verschiedenen Besitz nur beziehungsweise beanspruchen, abgesehen davon, daß die Doppelanrede auch in zwey getrennten Interdicten wiederkehren würde. — Der Fall No. III. ist auf einen prätorischen Ususfructus (L. 3 D. si ususfr. (7, 6), L. 29 D. de usu leg. 33, 2) zu beziehen. (Keller, sem. I. p. 343). Mommsen's Vorschlag usus statt ususfructus wird für das justinianische Recht durch Tipucitus χρήσεως καρπῶν ausgeschlossen. R.)

b) L. 3 §. 13—17, L. 9 §. 1 D. de vi (43, 16), L. 60 pr. D. de ususfr. (7, 1). (Das directe ist durch den Grund Note f ausgeschlossen. Vgl. Rudorff zu Puchta, Cursus der Inst. II. §. 230 g. R.) Von dem interdictum de precario kann nicht die Rede seyn; der Usufructuar kann die Ausübung seines Rechts precario überlassen (L. 12 §. 2 eod.), aber nicht den juristischen Besitz, da er auch nicht das Recht selbst übertragen kann. L. 2 §. 3 D. de precar. (§. 136 Note a) spricht von der Ueberlassung der iuris possessio durch den Besitzer der Sache.

c) Hier steht das Hinderniß der Note b nicht entgegen.

d) L. 1 §. 4. 5 D. de vi (43, 16). (Streitfrage: ob directum (Rudorff, Ztschr. für gesch. Rechtswiss. XI. 233. 341. 345. zu Savigny 7. Aufl. S. 659) oder utile? (Degenkolb a. a. O. §. 14 S. 78—92) oder jenes bey vis armata, dieses bey quotidiana? R.)

e) Dig. XLIII. 18: de superficiebus. Es wird übrigens in dieser Hinsicht ganz wie das interdictum uti possidetis behandelt, L. 1 §. 2 eod. Vgl. auch L. 3 §. 7 D. uti possid. (42, 17). (Schutz gegen das int. uti possidetis des Grundherrn, Degenkolb §. 12. 13, und oben Note a. R.)

f) L. 4 §. 27 D. de usurp. (41, 3): — nec de via quis id est mero iure detruditur. (Rudorff zu Savigny 7. Aufl. Num. 165. S. 715. R.)

uti possidetis geschützt, eine Störung jenes Quasibesitzes ist zugleich eine des körperlichen Besitzes des Grundstücks, wie es jetzt (mit dem Vortheil der ihm zustehenden Servitut) ist[g]). Anders verhält es sich mit den servitutes praediorum rusticorum, bey diesen ist zwar das Recht mit dem herrschenden Grundstück verknüpft, aber nicht ihr Besitz mit dem Besitz des letzteren. Eine einfache Uebertragung des interdictum uti possidetis auf ihren Besitz ist aber auch unthunlich, weil eine besondere Bestimmung darüber, wer als gegenwärtiger Besitzer dieser Rechte gelte, die eine unterbrochene Ausübung haben (discontinuae servitutes), nöthig ist. Darum sind besondere Interdicte gegeben für den Besitz 1) der Wegeservituten[h]), 2) der Wasserleitungsservituten[i]), 3) der Wasserschöpfservituten[k]). Der Kläger muß die Ausübung der Servitut in dem letzten Jahr von der Anstellung der Klage rückwärts gerechnet nachweisen[l]), bey dem interdictum de aqua aestiva die Ausübung in diesem (bey der Anstellung im letzten) oder dem vorigen

---

g) Vgl. L. 8 §. 5 D. si serv. (8, 5): — — agique sic posse cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse, fumum immittere. ergo per contrarium agi poterit, ius esse fumum immittere — sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 230. Gegen diese Anwendung des interdictum uti possidetis (die zuerst Savigny §. 46 genauer festgestellt hat) haben sich mehrere neuere Schriftsteller erklärt, z. B. Vangerow, Leitfaden I. §. 355. Er beruft sich vornehmlich auf L. 3 §. 5 D. uti poss. (43, 17), aber §. 6 in dieser Stelle liefert den entscheidenden Beweis der Anwendbarkeit: — an quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum: Sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est — nur wird im §. 5 die Erfolglosigkeit behauptet, wenn der Gegner mit gleichem Recht interdicirt: Uti non possidetis eum locum, qui proiecto tegitur. (Das Interdict beschränkt sich jedoch auf positive Servituten, wegen negativer Bedarf es der operis novi nunciatio, L. 5 §. 10 D. de O. N. N. [39, 1], §. 396 d. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XI. S. 348—353 und Anhang zu Savigny Aufl. 7. Num. 170. S. 717. Das Interdict uti possidetis wegen des Besitzes des herrschenden Grundstücks hätte hier keinen Sinn. R.)

h) Dig. XLIII. 19: de itinere actuque privato. Das interdictum de itinere actuque reficiendo (L. 3 §. 11—16, L. 4. 5 eod.) ist kein possessorisches. (Richtiger und genauer Brinz, Pand. S. 91, „das ius reficiendi in Verbindung mit dem Besitz des Wegerechts scheint als Surrogat für den Besitzstand des ius reficiendi aufgestellt zu sein; einen eigenen Besitzstand im ius reficiendi gab es nicht.“ R.)

i) Dig. XLIII. 20: de aqua quotidiana et aestiva. Für die Ausbesserung. Dig. XLIII. 21: de rivis.

k) Dig. XLIII. 22: de fonte. Für die Ausbesserung de fonte reficiendo, L. un. §. 6 eod.

l) L. 1 pr. de itin., L. 1 pr. de aqua, L. un. pr. §. 6 de fonte. Zurückgehen auf das vorletzte Jahr durch Restitution im Fall eines äußeren Hindernisses, L. 1 §. 9 D. de itin. (43, 19).

Sommer [m]). Bey dem interdictum de aqua und de rivis, de fonte und de fonte reficiendo braucht nur eine einmalige Ausübung nachgewiesen zu werden, dagegen ist bey ihnen bona fides erforderlich [n]), bey dem interdictum de itinere dagegen ist eine mehrmalige nöthig [o]). Die exceptio vitiosae possessionis ist nur statthaft, wenn die Ausübungshandlungen, durch die der Kläger seine Klage begründet, vi, clam oder precario geschehen sind, nicht wegen einer außerdem vorgekommenen fehlerhaften Ausübung [p]).

Bey den übrigen servitutes praediorum rusticorum, von denen manche heutzutage eine gleiche oder sogar größere Wichtigkeit haben, als jene, hat man gewöhnlich die Anwendbarkeit des interdictum uti possidetis behauptet, irrthümlich [q]), dann auch die der s. g. actio spolii [r]), wodurch keine bestimmten Entscheidungsnormen gewonnen seyn würden. Vielmehr sind jene besonderen Interdicte analog anzuwenden, bey solchen, deren Ausübung in bloßen Handlungen besteht, die Grundsätze vom interdictum de itinere, bey solchen, deren Ausübung nicht ohne eine besondere umständlichere Vorrichtung möglich ist, die von dem interdictum de aqua und den übrigen [s]).

---

m) L. 1 §. 29—36, L. 6 D. de aqua (43, 20). Eben so ist es bey dem interdictum de rivis, L. 1 §. 9 D. de rivis (43, 21).

n) L. 1 §. 4. 10. 19 D. de aqua (43, 20), vgl. L. 3 §. 7 D. de rivis (43, 21), L. un. §. 3. 11 D. de fonte (43, 22).

o) L. 1 §. 2 D. de itin. (43, 19): — si modo anno usus est, vel modico tempore, i. e. non minus quam triginta diebus. — Vgl. L. 1 §. 12 eod.: — supradicto tempore anni. — Man hat neuerdings vergebens versucht, diese „Ausübung an nicht weniger als dreißig Tagen" wegzuinterpretiren, und die Worte so zu verstehen, als hieße es statt diebus: dierum, so Althof, das int. de it. actuque priv. 1836, und nach ihm Vangerow, Leitfaden I. §. 355.

p) L. 1 §. ult., L. 2. 6 eod., L. 1 §. 20 D. de aqua (43, 20).

q) Nur ist es Angesichts des praktischen Bedürfnisses nicht zulässig, mit Vangerow a. a. O. bey der einfachen Zurückweisung stehen zu bleiben, ohne etwas anderes an die Stelle zu setzen, und der Praxis durch eine brauchbare Theorie zu Hülfe zu kommen.

r) Savigny, R. d. B. S. 631.

s) Diese Ansicht ist schon in der ersten Ausgabe dieses Lehrbuches §. 399 ausgesprochen, daher ich nicht sehe, mit welchem Recht mich Vangerow a. a. O. zu den Juristen zählt, die dem interdictum uti possidetis eine Anwendung auf alle Servituten geben, wenn es nicht ein dem Sammler verschiedener Stimmen nicht allzuhoch anzurechnendes Versehen ist.—(Ein Pfandrechtsbesitz kommt nur beim pignus, nur zum Zweck der Interdicte und nur in der Form des abgeleiteten Besitzes oder Rechtsbesitzes vor: von einer Ersitzung des Pfandrechts kann nicht die Rede seyn, weil es an einer dauernden pignoris quasi possessio fehlt, das Pfandrecht vielmehr wie die Obligatio nur in der momentanen Befriedigung durch den Werth hervortritt und untergeht. Zu einer Ersitzung des Eigenthums würde es vollends nicht nur an dem Ersitzungsbesitz, sondern auch am Titel fehlen. Vgl. v. Scheurl

Auch bey den neueren Rechten, auf welche der Quasibesitz ausgedehnt worden ist, muß sich die Anwendung der verschiedenen possessorischen Rechtsmittel darnach bestimmen, ob sie in dem Besitz einer Sache selbst ausgeübt werden oder nicht, im letzten Fall sind sie in jener Hinsicht den Rusticalservituten analog zu behandeln.

---

in Pözl's V. J. Schr. II. S. 436, Bremer, Pfandrecht S. 141. Den obligatorischen Rechten gewährt die mittelalterliche und neuere Doctrin und Praxis im Allgemeinen nur dann Besitzschutz, wenn sie auf Grund und Boden radicirt sind. Bruns, Besitz S. 480 f., Randa, Besitz nach österr. Recht S. 253 f., Windscheid §. 464. R.)

Fünftes Buch.

Die Rechte an Sachen.

Erstes Kapitel.

Allgemeines.

Dingliche Rechte*).

§. 140.

Wie es zwey Classen von Klagen giebt, in personam und in rem (§. 83), so hat man auch die Rechte in zwey Classen bringen wollen, den in rem actiones sollten iura in rem, den dinglichen Klagen dingliche Rechte entsprechen[a]). In diesem Sinn faßt man unter diesem Ausdruck Rechte so ganz verschiedener Natur, die im Grunde nur das mit einander gemein haben, daß sie nicht Obligationen sind, zusammen, daß diesem Begriff alle systematische Brauchbarkeit abgeht. Unter diesen s. g. iura in rem giebt es aber solche, die sich unmittelbar auf eine Sache beziehen, und auf diese hat man von jeher, durch ein richtiges Gefühl, daß mit jenem vagen Begriff nichts gewonnen sey, geleitet, den Ausdruck dingliche Rechte (iura in re) einzuschränken die Neigung gehabt[b]). Die wahre systematische Gestalt der Sache ist folgende.

*) (Ueber K. Sell, römische Lehre von den dinglichen Rechten, 1. Thl. Bonn 1852, vgl. Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 138 f. R.)

a) S. z. B. Thibaut, Versuche II. 2 (1801) und System des Pandektenrechts §. 61 (7. Ausg.).

b) Man hat sich durch unklare Vorstellungen und in fortwährender Störung durch den sich stets wieder anmeldenden vagen Begriff lange Zeit auf eine bedauerliche Weise mit einer an sich sehr einfachen Sache abgequält, wovon die von Thibaut a. a. O. allegirten Schriften Zeugniß geben. So hat man das Erbrecht (wegen seiner Stellung im Institutionensystem) doch nicht aus den dinglichen Rechten auch in diesem engeren Sinn verlieren wollen, und darum die monströse Behauptung aufgestellt, das Vermögen, das der Gegenstand des Erbrechts ist, sey eine Sache; ebenso hat der unbestimmte Gedanke einer „unmittelbaren Beziehung auf

Es giebt Rechte, deren Inhalt die rechtliche Unterwerfung einer Sache ist. Diese bilden eine besondere in ihrem Innern weiter gegliederte, gegen außen fest begränzte Classe von Rechten, die mit dem Ausdruck: Rechte an Sachen zu bezeichnen ist[c]). Diese Rechte an Sachen lassen sich nun auch als die dinglichen Rechte bezeichnen; man gewinnt durch diese Beziehung des letzteren Ausdrucks eine ganz bestimmte Bedeutung für denselben, und er bezeichnet nun wirklich eine eigene Classe von Rechten, die unter einem gemeinsamen Namen zusammenzufassen ein systematisches Bedürfniß ist. Jede andere Anwendung des Ausdrucks ist als unnütz und verwirrend zu verwerfen[d]). Welche Rechte aber dingliche oder Rechte an Sachen sind, darüber kann, nachdem dieser Begriff in dem (unmittelbaren) Gegenstand der Rechte sein bestimmtes Merkmal erhalten hat, eigentlich kein Streit mehr seyn. Es sind fünf: Eigenthum, Emphyteusis, Superficies, Pfandrecht, Servituten[e]).

Classification der Rechte an Sachen.

§. 141.

Das Gemeinschaftliche aller dinglichen Rechte ist die rechtliche Macht über eine Sache; daraus folgt allerdings, daß sie ihre Richtung nicht gegen eine bestimmte Person haben, und die aus ihnen entspringenden Klagen daher dingliche, nicht persönliche sind, dieß unterscheidet sie indessen nur von den Obligationen, nicht von den übrigen Rechten. Jene Macht über die Sache aber, die das dingliche Recht gewährt, läßt sich als eine totale und als eine partielle denken. Die erste ist das Eigenthum, rerum dominium, dominium im vorzüglichsten Sinn[a]).

eine Sache" dazu dienen müssen, den Besitz hereinzuziehen. So z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand. R. §. 229. Kein Wunder, daß neuerdings Manche in einer Art von Verzweiflung die ganze Lehre von den dinglichen Rechten aus dem Rechtssystem wegzuschneiden riethen (so z. B. Sintenis, Pfandrecht §. 1), indem sie zuträglicher fanden, dieses zu verkrüppeln, als ein, wie sie glaubten, unheilbar krankes Glied daran zu lassen.

c) Den lateinischen Ausdruck iura in re thut man wohl, nicht in diesem allgemeinen Sinn, sondern (dem römischen Gebrauch von ius gemäß) blos für die Rechte an Sachen außer dem Eigenthum: die iura in re aliena zu gebrauchen.

d) Puchta, kritische Bemerkungen zu G. A. W. Duroi's Abhandlung, actio in rem und ius in re, Rhein. Museum für Jurisprudenz I. S. 286 ff. (1827).

e) Puchta, Cursus d. Inst. II. §. 243.

a) Dominium bedeutet an sich die vollkommene rechtliche Herrschaft über einen Gegenstand, in diesem Sinn ist das Eigenthum dominium über eine Sache das Recht des Nießbrauchs dominium ususfructus, L. 3 D. si ususfr. pet. (7, 6), der Erbe hereditatis dominus, L. 48 pr. D. de her. inst. (28, 5). Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 231 Note a.

Die zweite ist die auf eine gewisse Seite oder Eigenschaft der Sache beschränkte Macht; sie läßt neben sich ein fremdes Eigenthum zu, sie ist ein Recht an einer fremden Sache, ius in re aliena[b]), und stellt sich insofern als eine Beschränkung des Eigenthums dar. Es ist aber entweder die (ganze oder theilweise) Benutzung der Sache, welche den Inhalt des ius in re bildet, theils für ein bestimmtes Subject, bey der servitus, theils ohne diese Beschränkung, bey der superficies und emphyteusis, oder ihr Verkaufswerth, bey dem pignus. Da das Eigenthum die volle Macht über die Sache, die Totalität aller dinglichen Rechte ist, so ist jedes ius in re zu denken als gebildet aus Elementen des Eigenthums, die von diesem abgesondert, einem Nichteigenthümer gegeben, und eben dadurch zu besonderen Rechten gestaltet sind[c]), während sie mit dem Eigenthum vereinigt zu dem ununterschiedenen Inhalt des Eigenthums gehören, also bey dem Eigenthümer nicht den Charakter eines besonderen Rechts haben[d]). Auch setzt die Entstehung solcher Rechte ein fremdes Eigenthum voraus, obwohl sie einmal entstanden nicht dadurch untergehen, daß die Sache aufhört, einen Eigenthümer zu haben. Aber die iura in re sind auf der anderen Seite zugleich als Surrogate des Eigenthums aufzufassen, und üben dadurch mit dem beschränkenden zugleich einen conservativen Einfluß auf dasselbe aus, indem sie die Veranlassungen seines Aufgebens vermindern[e]). Von dieser Seite betrachtet stehen dem Eigenthum durch ihren Inhalt am nächsten Superficies und Emphyteusis (die man früher darum irrthümlich für Arten des Eigenthums selbst gehalten hat), ihnen schließt sich zunächst das Pfandrecht an, am entferntesten dem Eigenthum stehen die Servituten. Dieß giebt sich auch in der Klage zu erkennen, die bey jenen drey Rechten, wie bey dem Eigenthum, eine Vindication der Sache selbst, actio in rem corporalem,

b) Vgl. L. 30 D. de nox. act. (9, 4), L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2): — sive domini sint, sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.

c) (Daher steht im Collisionsfall das jüngere ius in re dem älteren nach. Vgl. Götting: Kann derjenige, welcher ein Pfandrecht gegeben hat, nachher an demselben Objecte noch Servituten bestellen und mit welcher Wirkung? [Annalen des Advocaten-Vereins zu Hannover. 1846. S. 65—76] und unten §. 209. 210. R.)

d) Gegen das Mißverständniß dieser Absonderung, als sey damit dem Eigenthümer nothwendig dieselbe Befugniß, die vermöge des ius in re einem anderen zusteht, ganz entzogen (vgl. z. B. Vangerow, Leitfaden I. S. 734), s. Puchta, Cursus d. Inst. II. §. 243 Note b, v. Scheurl, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 7, 1. (Gegen die Beschränkung dieser Absonderung auf Servituten im Gegensatz zur Emphyteuse s. Büchel, Erört. 2. Aufl. I. S. 314. 471, vgl. Arndts, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. III. 7 [1846]. R.)

e) Puchta, Cursus der Inst. II. §. 243.

bey den Servituten eine actio in rem incorporalem, eine vindicatio servitutis, petitio iuris ist[f]). Auch in anderen Beziehungen als in dieser des unmittelbaren Schutzes durch die in rem actio sind die iura in re mehrfach dem Eigenthum gleichgestellt[g]).

Die iura in re, obwohl aus dem Eigenthum abgeleitet, sind von der Dauer desselben unabhängig; sind sie einmal rechtsgültig entstanden, so ist es für ihre Existenz gleichgültig, ob der damalige Eigenthümer das Eigenthum behält, oder ein Anderer irgendwie (durch Succession oder nicht) es erworben hat. Dieß erleidet eine Modification in gewissen Fällen eines revocablen Rechts, vermöge dessen iura in re bestellt worden sind.

Revocabilität dinglicher Rechte*).

§. 142.

Revocable Rechte sind solche, deren (an sich und ihrer Natur nach unbeschränkte) Dauer von einer Bedingung abhängig, oder durch eine Zeitbestimmung eingeschränkt ist. Die Revocabilität giebt dem Recht, so lange es besteht, keine andere Natur und Wirkung; bevor der aufhebende Umstand eintritt, besteht das revocable Recht so völlig, wie das irrevocable[a]). Die Wirkung aber jener beiden Endigungsgründe ist sehr verschieden.

---

f) In einer anderen Hinsicht unterscheidet sich das Pfandrecht von allen anderen dinglichen Rechten dadurch, daß es seinen Zweck nicht in sich und daher kein selbstständiges Daseyn hat, sondern nur als Anhang eines anderen Rechts, einer Forderung, die dadurch gesichert werden soll, denkbar ist.

g) Vgl. darüber Ihering, Abhandlungen aus dem R. R. 1844. 2. Abh. S. 121 ff.

*) Vgl. Sintenis, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XX. 2 (1844). (Fitting, über den Begriff der Rückziehung S. 66 f. I. 102 f., Windscheid, §. 156 Anm. 7, Arndts §. 128 Anm. und vornehmlich Böcking, Pand. II. §. 156 S. 176, welcher der Revocabilität, die keine immanente Eigenschaft der dinglichen Rechte bildet, sondern Folge einer äußeren Bestimmung über ihre Dauer ist, eine angemessenere Stellung giebt, indem er sie auf das Eigenthum beschränkt und als „Wiederaufhebung des Erwerbes" rubrizirt. R.)

a) L. 66 D. de R. V. (6, 1): Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis exstiterit. L. 4 §. 3. 4 D. de in diem add. (18, 2): Sed et Marcellus lib. V. digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. ex qno colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret. — — Fundo antem in diem addicto et commodnm et incommodum omne ad emtorem pertinet, antequam venditio transferatur —. L. 3 C. de pact. inter emt. (4, 54): Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium

Ist es eine Bedingung, deren Eintritt das Recht aufhebt (sey es, daß das Recht mit einer Resolutivbedingung erworben, oder unter einer Suspensivbedingung übertragen ist, die für das Recht des Uebertragenden eine resolutive Wirkung hat), so geschieht die Aufhebung 1) ipso iure mit der Existenz der Bedingung, so daß das Recht unmittelbar und von selbst an den fällt oder zurückfällt, dem es für diesen Fall bestimmt ist[b]), und 2) nach der Natur der Bedingung (§. 61) rückwärts (resolvitur ex *tunc*), das Recht wird von der Zeit der Festsetzung der Bedingung an als aufgehoben behandelt, und dieß hat für die von dem Berechtigten pendente conditione ertheilten Rechte die Folge, daß sie als nicht gegeben gelten, die Revocabilität erstreckt sich auch hier auf sie: resoluto (ex tunc) iure dantis resolvitur ius accipientis[c]).

---

intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

b) L. 41 pr. D. de R. V. (6, 1): Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit. L. 4 C. de pact. inter emt. (4, 54): Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. L. 8 D. de lege comm. (18, 3), L. 2 §. 5 D. de donat. (39, 5), L. 13 pr. D. de pign. act. (13, 7). Wegen L. 3 C. de pact. inter emt. (s. Note a. a. E.) glaubte man früher unterscheiden zu müssen, ob s. g. verba directa oder indirecta gebraucht seyen, s. die bey Glück, Commentar XVI. S. 296 f. Note 21. 22 cit. Schriftsteller. Aber die Stelle ist von der Zeit der Unentschiedenheit der Bedingung zu verstehen, Thibaut, civil. Abhandl. (1841) S. 377. Angesichts jener in der That unzweideutigen Stellen, deren Inhalt überdieß mit der Natur der Bedingung vollkommen übereinstimmt, hat G. Riesser, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. II. 1. 8 (1829) behauptet, die Resolutivbedingung hebe das Recht überall nicht auf, gebe also dem Rückerwerber keine Vindication, sondern nur eine persönliche Klage, und dieß auf Stellen hin, die wie L. 6 §. 1 D. de contr. emt. (18, 1), L. 4 §. 4, L. 16 D. de in diem add. (18, 2), L. 4 pr. 5 D. de lege comm. (18, 3) von der Zulässigkeit der persönlichen Klage neben der Vindication sprechen, und L. 19 D. de usurp. (41, 3), welche die Analogie der Redhibition für eine ganz andere Frage herbeizieht. Gegen Riesser haben geschrieben Thibaut, Archiv für civ. Pr. XVI. 14 (1832), Müller, civil. Abhandl. 7 (1833).

c) L. 4 §. 3 D. de in diem add. (s. Note a), L. 11 §. 1 D. quemadm. serv. (8, 6): Heres cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes, extinguentur, si legati conditio exsistat. Videamus, an adquisitae sequantur legatarium? et magis dicendum est, ut sequantur. L. 105 D. de cond. et dem. (35, 1), L. 3 D. quib. mod. pignus (20, 6): Si res fuerit distracta sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset fueritque tradita, et forte emtor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. We-

In beyderlei Hinsicht ist die Wirkung des Endtermins eine andere[d]), und zwar stets und ohne Ausnahme in Beziehung auf den zweiten (resolvitur ex *nunc*), regelmäßig auch in Beziehung auf den ersten Punkt, so daß der Eintritt des Termins dem Rückerwerber nur eine Forderung giebt (§. 62), doch tritt eine Aufhebung ipso iure als Folge eines Endtermins ein 1) bey gewissen iura in re[e]), 2) bey dem Eigenthum des Ehemanns an den Dotalsachen, die bey der Auflösung der Ehe noch vorhanden sind[f]), sofern die Frau von diesem Vortheil (also von der Vindication derselben, statt der Forderung mit der Totalklage) Gebrauch machen will[g]).

Diese Grundsätze gelten von dem Eigenthum, sie sind aber auch anwendbar bey den iura in re, welche dem Berechtigten die Befugniß einer gänzlichen oder partiellen Veräußerung, also der Bestellung von dinglichen Rechten gewähren. Auch solche dingliche Rechte sind von

gen der letzten Worte hat man geglaubt eine Ausnahme zugeben zu müssen, die man bald allgemeiner, bald specieller gefaßt hat (s. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 267 Note 7 und die dort Citirten). Aber der Jurist macht keine Ausnahme, sondern giebt einen Fall, wo die Bedingung nicht mehr eintritt, weil der Käufer durch die Verpfändung, wenn er ehrlich gehandelt hat, auf die Bedingung verzichtet haben muß. — Ganz anders, wenn die Auflösung des Geschäfts nicht durch eine Bedingung erfolgt, s. L. 4 pr. D. eod., L. 21 §. 1, L. 43 §. 8 D. de aedil. ed. (21, 1). Keine Entscheidung über die vorliegende Frage enthält L. 6 D. de resc. vend. (18, 5): Si convenit, ut res, quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti in factum datur.

d) Mit Unrecht wird dieser Fall mit dem der Bedingung zusammengeworfen, z. B. von Mühlenbruch, Lehrb. §. 267, der dafür nur das Gesetz Note g. offenbar eine Singularität, anführt.

e) S. §. 62 Note g.

f) Exstantes res: si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae, L. 6 in f. C. de sec. nupt. (5, 9).

g) L. 30 C. de iure dot. (5, 12): In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam (iubemus) et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in eius permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur — — (Iustinian. 529). Ganz geleugnet hat den Rückfall ipso iure, und das Gesetz lediglich auf das Pfandrecht der Ehefrau beziehen wollen v. Löhr, Magazin IV. S. 72 ff. (1820).

der Fortdauer des Rechts, vermöge dessen sie ertheilt sind, in der Person des Ertheilers unabhängig, wenn es nicht durch eine Resolutivbedingung revocabel ist. Etwas anderes ist es (obwohl man es auch unter den Grundsatz: resoluto iure dantis etc. gestellt hat), daß die Dauer der ertheilten Rechte von der objectiven Existenz des Rechts, aus dem sie sich ableiten, abhängt[h]).

Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte.

§. 143.

Für die Aufhebung der dinglichen Rechte giebt es Gründe, die aus ihrer gemeinsamen Natur als rechtliche Unterwerfungen von Sachen folgen, und daher für alle gelten. Diese Rechte gehen unter mit dem Untergang der Sache, oder auch dadurch, daß sie dem rechtlichen Verkehr entzogen, also sacra, religiosa, publica wird (§. 35)[a]), ferner dadurch, daß sie in die Gewalt der Feinde kommt, nur daß bey gewissen Sachen mit ihrer Zurückbringung aus dieser Gewalt vermöge des ius postliminii die früheren Rechte wieder aufwachen[b]); die Rechte an einem wilden Thier dauern nur so lange, als seine natürliche Freiheit, sey es durch eine äußere Anstalt oder durch Zähmung, außer Wirkung gesetzt ist[c]). Eine singuläre Vorschrift ist es, daß die Veräußerung einer Sache durch den Fiscus, ebenso durch den Regenten oder seine Gemahlin, den Empfänger gegen alle bisher an dieser Sache bestehenden Rechte sicher stellen, also diese aufheben soll; die Berechtigten haben ihre Entschädigung von dem Veräußernden innerhalb vier Jahren zu suchen[d]).

---

h) L. 31 D. de pignor. (20, 1), L. 15 D. qui pot. (20, 4), L. 8 pr. D. quib. mod. pign. (20, 6): Sicut re corporali exstincta, ita et usufructu exstincto pignus hypothecave perit.

a) Ein solcher Fall ist, wenn durch den veränderten Lauf eines öffentlichen Flusses ein Grundstück Bette desselben wird, L. 7 §. 5. 6 D. de adqu. dom. (41, 1).

b) Dig. XLIX. 15. Cod. VIII. 51. Nach römischem Recht haben das Postliminium: Grundstücke, Sclaven, Pferde und Maulthiere, die im Krieg gebraucht werden, und Schiffe unter derselben Voraussetzung. Heutzutage ist dieses Recht für Kriegsmaterial überhaupt in Anspruch zu nehmen. Einen hierher einschlagenden Rechtsfall s. in Hassenpflug's kleinen Schriften I. 10 (1845).

c) L. 3 §. 2, L. 4. 5 pr. §. 2—6 D. de adqu. dom. (41, 1).

d) L. 2. 3 C. de quadr. praescr. (7, 37), §. ult. I. de usuc. (2, 6), L. 3 C. si adv. fisc. (2, 37). Damit scheint, zwar nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt (denn damals galt jenes Recht noch nicht), aber als Theil der justinianischen Legislation, in Widerspruch zu stehen L. 5 pr. D. de iure fisci (49, 14): Si procurator Caesaris rem aliquam vendiderit, quamvis duplum vel triplum pro evictione promiserit, tamen fiscus simplum praestabit. Aber die Stelle ist von vorschriftswidriger Veräußerung einer Sache des Fiscus zu verstehen, s. §. 1 derselben Stelle und vgl.

Dagegen giebt es für die Entstehung der dinglichen Rechte keine Regeln, die auf der einen Seite ihnen eigenthümlich wären (also nicht mit den allgemeinen Grundsätzen für den Erwerb aller Rechte zusammenfielen), auf der anderen aber auch für alle dinglichen Rechte gälten (also nicht auf einzelne Arten derselben sich beschränkten). Es war ein Irrthum, wenn man früher als ein solches gemeinschaftliches Princip den Satz aufstellte, es gehöre zur Erwerbung eines dinglichen Rechts zweierley: ein vorausgehender titulus, und ein darauf folgender modus adquirendi. Länger als diese Theorie, die jetzt längst abgekommen ist[e]), haben sich einzelne Consequenzen derselben erhalten.

Zweites Kapitel.

Das Eigenthum[a]).

I. Inhalt des Eigenthums.

§. 144.

Das Eigenthum ist die volle rechtliche Unterwerfung einer Sache, die vollkommene rechtliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand[b]). Ein Eigenthum Mehrerer an derselben ganzen Sache ist

L. 1 §. 1 D. de off. proc. caes. (1, 19). Die heutige Lehre vom Nothrecht des Staats und der Expropriation ist keine civilistische. Vgl. Burckhardt, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. VI. 7 [1849]. R.)

e) Hugo, vollständige Darstellung der Lehre vom (iustus) titulus und s. g. modus adquirendi, civ. Magazin IV. 6 (1812). Schon 1790 hatte Hugo die damals gewöhnliche Lehre angegriffen.

a) (A. C. J. Schmid, Handb. des gegenwärtig geltenden gem. deutschen bürg. Rechts. Besonderer Theil. Bd. 1 (1847). Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 1857—59. R.)

b) (§. 2 I. de his qui sui (1, 8), L. 25 pr. D. de V. S. (50, 16), vgl. L. 4 pr. D. de statu hom. (1, 5). Neuere Versuche, den Begriff des Eigenthums anders zu bestimmen, s. bey Böcking, Band. II. §. 134. Wirth, Beiträge zur Systematik 1828 S. 28 f., Pagenstecher S. 3 f., Girtanner, die Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff, in den Jahrb. für Dogmatik III. Nr. 2 u. 3 (1858). Leist, über die Natur des Eigenthums (civ. Studien III. 1859) naturalis ratio und Natur der Sache. 1860. Windscheid §. 167. Vgl. darüber Vorlesungen 5. Aufl. §. 144. Anm. 2. Arndts §. 130 Anm. 4. Der Definition im Text steht entgegen, daß das Eigenthum nicht durch dingliche Specialrechte, sondern erst durch das Eigenthum dritter Personen ausgeschlossen wird. Es ist also nicht die vollkommene, sondern die allgemeine Herrschaft der Person über die Sache;

nicht möglich, wohl aber an ideellen Theilen (§. 37), Miteigenthum, condominium [c]); auch an körperlichen Theilen, d. h. die körperliche Verbindung der Sache mit einer anderen steht dem Eigenthum nicht entgegen, wenn die Verbindung ihre Selbstständigkeit nicht vollkommen aufhebt, also nicht eine integrirende ist (§. 164). Die volle Ausübung des Eigenthums ist die totale factische Unterwerfung der Sache, also der Besitz [d]).

Beschränkungen des Inhalts.

§. 145.

Als die Totalität aller dinglichen Rechte enthält das Eigenthum an sich die ausschließliche Befugniß zu jeder Anwendung der Sache, zu jeder Verfügung über sie. Es ist aber eine Beschränkung (und zwar des Eigenthums selbst, nicht blos des Eigenthümers) möglich, sie besteht in der Herausnahme von Befugnissen, die an sich im Eigenthum liegen. Wie diese Befugnisse, sind auch die Beschränkungen doppelter Art, sie bestehen entweder darin, daß der Eigenthümer etwas unterlasse, was er vermöge des Eigenthums sonst vorzunehmen, oder

---

ein dingliches Specialrecht, wäre es auch noch so vollständig, gilt civilistisch nicht einmal mehr als Untereigenthum. Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie S. 311. Die Definition hätte ferner den privatrechtlichen Charakter der Herrschaft hervorheben müssen, um das ius eminens und sepulcri fern zu halten. Desgleichen die Dauer (wenigstens nach altem Recht Fr. Vat. 50, 283), die Erblichkeit (heredem sequi) und Veräußerlichkeit (vendere licere), die freilich nur die Regel bildet und nicht wesentlich ist. Dagegen liegt die Unterscheidung von dem persönlichen Recht und dem sogenannten Schrifteigenthum schon in der Bezeichnung des Gegenstandes (der Sache) und bedarf deshalb keiner besonderen Betonung in der Definition. L. 13 pr. D. ad legem Aquil. (9, 2): dominus membrorum suorum nemo videtur. R.)

c) L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6), L. 5 D. de stip. serv. (45, 3). — L. 28 D. comm. div. (10, 3): Sabinus in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse, in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat —. Ausnahme hinsichtlich der Reparatur von Gebäuden §. 152. (Böcking, Pand. §. 139 Note 18. — Auf eine Quote des Werths beschränkt den Miteigenthümer Girtanner in Jhering's Jahrb. für Dogmatik III. S. 239—271. Dagegen: Windscheid §. 169a Anm. 7. Arndts §. 133 Anm. R.)

d) (Der Besitz ist nicht die, sondern nur eine Art der Ausübung des Eigenthums, und gleich diesem nicht die totale, sondern die allgemeine factische Unterwerfung, die nur durch gleichen Besitz ausgeschlossen, durch Rechtsbesitz dagegen nur beschränkt wird. Der privatrechtliche Character schließt, wo das Eigenthum fehlt, auch den Besitz aus (L. 14 D. de iniur. 47, 10), die übrigen Qualitäten sind dagegen auf das erstere beschränkt. R.)

daß er etwas dulde, was er sonst zu verhindern berechtigt wäre. Beschränkungen der ersten Art sind die Veräußerungsverbote[a]), die aber Beschränkungen des Eigenthums selbst nur dann sind, wenn ihre Wirkung Nichtigkeit der Veräußerung ist. Dieß ist der Fall bey den gesetzlichen Veräußerungsverboten[b]); die Wirksamkeit eines Privatverbots (durch Testament oder Vertrag) beruht auf dem Recht einer Person, es geltend zu machen, dieses Recht kann Vindication der Sache seyn (gewährt durch die Gestaltung des Verbots zu einem Vermächtniß oder einer Resolutivbedingung), dann ist die Veräußerung nichtig, außerdem kann sie nur eine persönliche Klage gegen den Veräußerer, nach Verschiedenheit der Fälle auf Rückgabe[c]), oder auf das Interesse, wenn ein solches nachweisbar ist[d]), oder auf die verabredete Strafe bewirken[e]).

---

a) Inst. II. 8: quibus alienare licet vel non. Cod. IV. 51: de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. Ueber den Umfang des Veräußerungsverbots, L. 7 C. eod.: Sancimus sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi. Similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tandummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit.

b) Res litigiosae (§. 97 Note h), fundus dotalis, Gegenstände eines Vermächtnisses. (Bachofen, ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts [1848] Num. 2—5. Zimmermann, Archiv für civ. Pr. [1852] XXXV. 13. N.) Streitfrage: ob der gegen Verbot veräußernde Eigenthümer selbst vindiciren könne? S. z. B. Laut, Zeitschr. für Civilr. V. 1 S. 9, Brandis, ebendas. VII. 4 S. 183 ff., vgl. L. 17 D. de evict. (21, 2) und L. 1 §. 5 D. de exc. rei vend. (21, 3). — Richterliche Verbote, sofern sie rechtsgültig sind, sind zu den gesetzlichen zu rechnen.

c) L. 3 C. de cond. ob causam dat. (4, 6): Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit condicio servata, quaeratur.

d) L. 135 §. 3 D. de V.O. (45, 1), L. 75 D. de contr. emt. (18, 1), L. 21 §. 5 D. de A. E. V. (19, 1), L. ult. C. de pact. inter emt. (4, 54), L. 61 D. de pact. (2, 14): Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet. Vgl. L. 11 D. de relig. (11, 7).

e) Eine Stelle giebt nach der Lesart der bekannten Handschriften in einem Fall dem einfachen vertragsmäßigen Verbot die Wirkung der Nichtigkeit, L. 7 §. 2 D. de distr. pign. (20, 5); Quaeritur, si pactum sit a *creditore*, ne liceat *debitori* hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse *venditionem*, ut *pactioni* stetur. Accursius führt Handschriften an, welche den Schluß so haben: nullam esse pactionem (oder conventionem), ut venditioni stetur

Unter beide Classen von Beschränkungen fallen die iura in re, ferner die gesetzlichen Beschränkungen, denen das Eigenthum, vornehmlich das Grundeigenthum, aus politischen Gründen unterworfen worden ist (s. g. Legalservituten). Viele dieser Bestimmungen sind antiquirt[f]), manche der noch anwendbaren werden in einem anderen Zusammenhang vorkommen, so die den Wasserlauf (aquae pluviae arcendae actio), die Bäume an den Gränzen und ihre Früchte (interdictum de arboribus caedendis, de glande legenda), die Reparatur von Gebäuden (§. 144 Note a, cautio damni infecti), die Trennung der in Gebäude und Weinberge verbrauchten Materialien (§. 169) betreffenden. Es bleiben noch übrig: die Pflicht, den nöthigen Platz zu öffentlichen Wegen gegen Entschädigung herzugeben[g]), eine Wegeservitut gegen einen Preis dem, der außerdem nicht auf sein Grundstück gelangen kann, zu gewähren (s. g. Nothweg)[h]), Duldung der Ausbauchung einer Zwischenmauer, wenn sie unter einem halben Fuß beträgt[i]), Duldung des Nachgrabens nach (erst zu entdeckenden) Mineralien (nicht nach Schätzen), wo der Grundeigenthümer nicht dadurch beschädigt wird, gegen Abgabe von zehn Procent des Gewinns[k]), Verbot, den Luftzug zu des Nachbars Dresch- und Worfeltenne zu verbauen[l]). Man darf diese Beschränkungen nicht nach subjectiver Billigkeit ausdehnen[m]).

wonach auch am Anfang die Parteien versetzt werden müßten: a debitore, ne liceat creditori. Daß dieses die allein haltbare Lesart ist und somit die Stelle gar nicht hierher gehört, darüber s. Puchta, Veräußerung gegen Vertrag, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 6 (1844). (Bachofen [das vertragsmäßige Veräußerungsverbot], ausgew. Lehren 1848 Num. 6. Böcking, Pand. II. Anm. zu §. 158. R.)

f) Vgl. die auch auf diese sich erstreckende Uebersicht in Puchta, Cursus der Inst. II. §. 231. (Reinhard, über das Recht des Eigenthümers gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung. Archiv für civ. Praxis XXX. Num. 8 [1847]. Bekker, Jahrbuch V. 10 [1861]. Werenberg in Jhering's Jahrb. für Dogm. VI, 1. Jhering, ebenda 2. Heise daselbst 9. Windscheid §. 109. Vangerow 7. Aufl. §. 297. 298. Arndts §. 131 Anm. R.)

g) L. 14 §. 1 D. de quemadm. serv. (8, 6). Ob daraus die heutige Gültigkeit auch des Zwölftafelgesetzes von der Ausbesserungspflicht der Nachbarn folge, wie Huschke (Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft XII. 11) will, ist zu bezweifeln.

h) Die Praxis hat dieß angenommen, nach der allerdings nicht vollkommen zutreffenden Analogie der L. 12 pr. D. de relig. (11, 7), die den unentbehrlichen Weg zu einem Grabmal zu überlassen gebietet.

i) L. 17 pr. D. si servit. (8, 5).

k) L. 3. 6 C. de metallar. (11, 6), vgl. L. 13 §. 1 D. comm. praed. (8, 4).

l) L. 14 §. 1 C. de servit. (3, 34).

m) Vgl. L. 9 D. de serv. pr. urb. (8, 2): Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio. L. 24 §. 12, L. 26 D. de damno inf. (39, 2), L. 21 D. de aqua et aquae pluv. (39, 3) und §. 80 Note a.

II. Form des Eigenthums.

§. 146.

Die reine Gestaltung des Eigenthums ist die als das Privatrecht, welches die vollkommene Herrschaft über eine Sache gewährt. Eine unvollkommene Ausbildung des Rechtsbewußtseyns hat Verhältnisse des öffentlichen Rechts, so das Recht des Staats an dem Territorium, worauf er ruht, hereingezogen, und dieses als Eigenthum behandelt, dadurch ist die Lehre von einem Obereigenthum, domininm eminens, des Staats neben dem eigentlichen Eigenthum entstanden. Zu einer ähnlichen Theilung des Eigenthums (dominium divisum) hat das Lehensverhältniß geführt, indem das Recht des Lehnsherrn als ein Obereigenthum (dominium directum), das des Vasallen als Nutzeigenthum (dominium utile) aufgefaßt worden ist, und eine gleiche Gestalt hat man manchen bäuerlichen Gutsverhältnissen gegeben.

Dieser Gedanke, ein Privatrecht an der Sache über das Eigenthum zu stellen, widerspricht dem strengen Begriff dieses Rechtsverhältnisses, und hat zuletzt seine Quelle in der Privatisirung öffentlicher Rechtszustände. Dem römischen Recht ist diese Anomalie unbekannt, nach ihm und der Consequenz des Eigenthumsbegriffs müßte das Recht des Lehens-, des Gutsherrn ꝛc. entweder als ein Recht anderer Art behandelt werden, oder wenn als Eigenthum, so müßte das Recht des Vasallen ꝛc. ein bloßes ius in re seyn.

Ein Anderes ist, daß neben dem eigentlichen, formell anerkannten Eigenthum, das nur Eines ist und nicht Mehreren an derselben ganzen Sache zustehen kann, ein dem Effect nach dem Eigenthum gleichbehandeltes Rechtsverhältniß denkbar ist, das möglicherweise einem Anderen als dem rechten Eigenthümer zusteht. Diese Bewandniß hat es mit dem Gegensatz von quiritischem und bonitarischem Eigenthum, und von wahrem Eigenthum und bonae fidei possessio (s. g. prätorischem Eigenthum). Der erste Gegenstand ist schon im justinianischen Recht aufgehoben[a]), der zweite besteht auch noch im heutigen Recht (§. 173)[b]).

III. Erwerbung des Eigenthums[a]).

§. 147.

Zwey Momente sind es, durch welche ein praktisch wichtiger Unter-

a) Cod. VII. 25: de nudo iure quiritium tollendo.

b) Ueber die Gleichstellung von Eigenthum und b. f. possessio vgl. Jhering, Abhandl. aus dem R. R. 1844. 2. Abh. S. 91 ff.

a) Inst. II. 1: de rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio. Dig. XLI. 1: de adquirendo rerum dominio.

schied unter den verschiedenen Eigenthumserwerbsarten begründet wird. Das eine ist ihr Verhältniß zu der Unterscheidung von derivativen und originären Erwerbungen (§. 47). Die derivativen Eigenthumserwerbsarten enthalten eine Succession, die entweder Singular- oder Universalsuccession ist. Das andere bezieht sich auf den Act der Erwerbung; bey manchen Erwerbsarten besteht dieser in der Erwerbung des Besitzes der Sache, so daß mit der factischen Gewalt (unter gewissen Voraussetzungen) auch die rechtliche entsteht, während andere zwar den Besitz voraussetzen, die wirkliche Erwerbung aber erst durch einen anderen Umstand erfolgt, noch andere endlich von dem Besitz ganz unabhängig sind.

A. Derivativer Erwerb.

1. Durch Besitzerwerb.

a. Tradition.

§. 148.

Die Uebertragung des Eigenthums unter Lebenden kann nicht durch eine einfache Willenserklärung des Gebers und Erwerbers geschehen, sie fordert den hinzukommenden Act der Tradition[a]). Nur in einem Fall ist wegen der Schwierigkeit der Ausführung eine Abweichung angenommen worden, für den Uebergang des Miteigenthums bey einer societas omnium bonorum[b]). Uebrigens ist auch abgesehen

a) L. 20 C. de pact. (2, 3): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. L. 15 C. de R. V. (3, 32). (Vgl. Bremer in Linde's Ztschr. N. F. XX. S. 56 f. v. Scheurl, Beiträge I. 8 (1853). Leist, Mancipation und Eigenthumstradition. 1863. Adolf Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht. 1867. Ohne diesen dinglichen Vertrag kann nicht angenommen werden, daß der Wille auf Entäußerung, sondern nur daß er auf Obligirung zu künftiger Entäußerung gerichtet sei, denn erst der Besitz ist das factische Eigenthum, ohne ihn existirt nur eine besitzlose Obligatio. Analog ist das Verhältniß zwischen Verlöbniß und Ehe. R.)

b) L. 1 §. 1, L. 2 D. pro soc. (17, 2): In societate omnium bonorum omnes res, quae coëuntium sunt, continuo communicantur (Paul.), quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire (Gaius). (cf. L. 4 C. comm. utr. [3, 38] Diocl. et Max. R.) Dürfte man mit Savigny, R. d. B. S. 374, ein Constitutum possessorium annehmen, so würde die Ausnahme verschwinden. (Dagegen: Puchta, Kleine Schriften S. 439. Inst. §. 241 Anm. c. Böcking, Inst. §. 124 Anm. 46 §. 142 Anm. 23. Dafür: Windscheid §. 171 Anm. 2. R.) Noch einen Fall eines transitus legalis, wie man den Uebergang ohne Tradition genannt hat, hat man von Alters her in L. 23 §. 1 C. de ss. eccl. (1, 2) zu Gunsten der Kirchen finden wollen, von neuem vertheidigt von

davon der Act einer eigentlichen Tradition nicht unerläßlich, das Wesentliche ist, daß der Wille, Eigenthum zu geben und zu erwerben, in dem Besitz des Erwerbers sich verkörpere[c]).

Immer ist die Tradition nur der äußere Act, der zu dem inneren Grund des Eigenthums hinzukommt, und ohne diesen der Wirkung der Eigenthumsübertragung entbehren würde. Diese Voraussetzung der Tradition läßt sich in drey Punkte auflösen: 1) Fähigkeit des Empfängers, Eigenthum zu erwerben, 2) Fähigkeit des Tradenten, Eigenthum zu übertragen[d]), 3) übereinstimmender Wille beider, Eigenthum zu geben und zu nehmen, iusta causa traditionis[e]).

Das Rechtsgeschäft, welches diese iusta causa bildet, muß 1) jenen übereinstimmenden, auf das Eigenthum gerichteten Willen enthalten, dieser Wille kann ein bedingter, und dadurch die Eigenthumswirkung der Tradition suspendirt seyn[f]), ja in einem Fall tritt eine Suspension

---

Thibaut, Archiv für civ. Praxis XX. 1 (1837), (Windscheid §. 171 Anm. 2. R.) vgl. dagegen unter Anderen Vangerow, Leitfaden I. §. 311.

c) L. 21 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1): Si rem meam possideas et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit. L. 46. 47 D. de R. V. (6, 1).

d) L. 20 pr. §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1): Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit — —. L. 9 §. 4 eod.: Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate eius aliquis —. L. 46 eod., L. 17 D. de cur. fur. (27, 10). Vgl. §. 145.

e) L. 31 pr. D. de adqu. dom. (41, 1): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. L. 55 D. de O. et A. (44, 7). Materiell sind die causae von dreifacher Art: Schenkung, Begründung einer Obligatio, Erfüllung einer solchen, vgl. L. 65 in f. D. ad S. C. Trebell. (36, 1), v. Meyerfeld, von den Schenkungen §. 5. (Jedoch nie obligatorische, sondern stets dingliche Verträge. Note a. Sav. Obl.-Recht II. S. 256 f. und danach G. L. Strempel, über die iusta causa bei der Tradition. 1856. Daher darf die causa in Betreff der dinglichen Wirkung nicht durch das Recht vernichtet, nicht iniusta in diesem Sinne sein, die Vernichtung der obligatorischen Wirkung würde nur eine condictio ex iniusta causa zur Folge haben. R.)

f) Man nennt diese Suspension pactum reservati dominii. Ganz ungegründet sind die Zweifel, die man gegen die Möglichkeit desselben erhoben hat, z. B. wegen L. 80 §. 3 D. de contr. emt. (18, 1): Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus, und was im Grunde dasselbe ist, gegen seine Eigenschaft als Suspensivbedingung (denn es läßt sich nur als solche denken). Vgl. die ausführliche Erörterung des Pactums von Duncker, Rhein. Museum V. 4 (1833). (Im römischen Recht verstand es sich beim Kauf von selbst, im heutigen muß es ausdrücklich vorbehalten werden, sonst geht auch ohne Credit und Zahlung durch die Tradition Eigenthum über. R.)

schon nach Rechtsvorschrift ein[g]); blos jener Wille ist für die Wirkung der Tradition das Wesentliche, nicht der übrige Inhalt des Rechtsgeschäfts: die Unhaltbarkeit des Motivs hat keinen Einfluß, wenn nur jener Wille wirklich bestand[h]). 2) Der Wille muß auf die tradirte Sache gerichtet sein[i]). 3) Der Tradent muß an den Empfänger ver-

g) L. 19 D. de contr. emt. (18, 1): Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione. L. 53 eod., §. 41 I. de rer. div. (2, 1). (Varro de re rust. 2, 2. 6. Vgl. Nissen, die kaufrechtliche Tradition 1869. Den Grund dieses Satzes führt Leist, Mancipation und Eigenthumstradition S. 46. 119 f. auf ein Naturgesetz, Strempel, iusta causa bei der Tradition §. 11 und Puchta, Inst. II. §. 241 f., Vorles. zu §. 148 auf den präsumtiven Willen des Eigenthümers zurück. Man hat daher die Quelle desselben nicht im positiven Recht erkennen wollen. Neuerdings hat jedoch Franz Hofmann, über das Periculum beim Kaufe, Wien 1870 S. 22, auf die Anerkennung im altgriechischen Recht (Theophrast bei Stobäus II. p. 167 Meineke) hingewiesen, wonach denn der Uebergang in die zwölf Tafeln nichts Auffallendes mehr hat. Vgl. unten §. 302 f. — Ueber das Creditiren des Kaufpreises vgl. Gropp in Heise's und Gropp's Abh. I. No. 21, Thöl, Handelsrecht I. §. 68. 69. R.)

h) L. 5 §. 1 D. de cond. sine causa (12, 7), L. 55 D. de O. et A. (44. 7). Diese Regel spricht auch aus L. 36 D. de adqu. dom. (41, 1): Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax si traditio. Veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam danti atque accipiendi dissenserimus (Iulian.). Eine Ausnahme davon, oder eine Modification des Satzes behauptet Ulpian in L. 18 pr. D. de reb. cred. (12, 1): Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti. Der Versuch sonstiger Vereinigung dieser Stellen ist unzählige Male wiederholt worden (v. Scheurl, Beitr. 1852 No. 8 S. 191, Böcking, Pand. II. Anm. zu §. 153. Vgl. Vorles. 5. Aufl. Beil. XV. Anm. 1, Dernburg im Archiv für civ. Pr. XL. f. Pagenstecher II. S. 218, Schütze in Bekker's Jahrb. III. S. 429 f., Arndts §. 145 Anm. 4. Das Einfachste ist: die Worte magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit auf die in §. 1 folgenden Fälle des Depositum und Commodatum zu beziehen, in denen die Veräußerungsabsicht fehlt. R.)

i) L. 2 §. 6 D. pro emt. (41, 4). Von einem error in corpore (vgl. §. 65) will man auch verstehen L. 35 D. de adqu. dom. (41, 1): Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eius dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. Vgl. Savigny, System III. S. 355. Aber der Grund der Entscheidung ist vielmehr, daß der Tradent gar nicht den Willen hatte, (sein Eigenthum) zu veräußern. (Vgl.

äußern, dieser von jenem erwerben wollen. Daß der Tradent ein bestimmtes, ihm bekanntes Individuum zum Eigenthümer machen wolle, ist nicht nöthig [k]), daher durch Tradition an den Procurator der Mandant Eigenthümer werden kann, wenn gleich der Tradent diesen nicht gekannt hat [l]); es ist genug, wenn der Tradent nicht den entgegengesetzten Willen hatte, und der Repräsentant für den Anderen erwerben

---

L. 15 §. 2 D. de contr. emt. (18, 1): Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum (Vulg. in eum) transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire: et ideo, etiamsi donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit. R.) Und damit steht auch nicht im Widerspruch L. 49 D. mand. (17, 1): Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo, mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset; de iure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco (mandati eum non teneri sed contraria. R.) mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo (emtore? R.) vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditionem (l. venditorem) testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem. (Vgl. über diese oft mißverstandene Stelle v. Scheurl a. a. O. S. 197, Jahrb. für Dogm. II. S. 13 f. und besonders Ihering, daselbst S. 149—180, welcher hinter „emisset" mit Recht „a me" hinzudenkt, so daß die Sache dem Erblasser des Titius zwar verkauft, aber noch nicht tradirt, folglich noch Eigenthum des Mandatars geblieben war. Das Eigenthum geht auch hier nicht über, aber die Vindication desselben ist gehemmt, sofern der Tradent in eigenem Namen veräußerte. R.)

k) Eine Tradition an eine incerta persona ist der s. g. iactus missilium (in welchem L. 5 §. 1 D. pro derel. (41, 7) nur das Moment der Dereliction auffaßt), L. 9 §. 7 D. de adqu. dom. (41, 1), §. 46 I. de rer. div. (2, 1).

l) Puchta, de dom. rerum per proc. adquirendo 1842. (Kleine civilist. Schriften 1851 No. XXXII. R.) Nicht entgegensteht L. 13 D. de adqu. dom. (41, 1): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi i. e. proprietas adquiritur etiam ignoranti. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus. Eben so wenig L. 20 §. 2 eod., L. ult. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit (4, 50). Zweifelhaft ist der Sinn von L. 59 D. de adqu. dom.: Res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui emit. Vgl. §. 130 Note d. (Auf eine bei dieser Frage übersehene Stelle macht v. Scheurl a. a. O. S. 211 aufmerksam: L. 1 §. 20 D. de poss. (41, 2): Per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. Cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent nobis, non possumus adquirere. Alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione. Dagegen: Ihering, Mitwirkung für

wollte. Aber auch der Mangel dieses letzten Erfordernisses verhindert nicht immer den Erwerb (§. 130 Note d, und §. 149).

§. 149.

In einigen Fällen erwirbt jemand durch Tradition einem Anderen, ohne sein Stellvertreter seyn zu wollen[m]). Solche Fälle unfreiwilliger Repräsentation sind folgende: 1) Wenn Vormünder mit dem Geld ihrer Mündel Sachen für sich anschaffen, so können die Mündel die Sachen vindiciren, wenn sie nicht die Forderung der verwendeten Summe vorziehen[n]). 2) Die mit dem Geld eines Soldaten erkauften Sachen kann dieser vindiciren[o]). 3) Wenn der Mann mit dem von der Frau geschenkten Geld Sachen angeschafft hat, und die Frau widerruft die Schenkung, so kann sie im Fall der Insolvenz des Mannes die noch vorhandenen Sachen selbst vindiciren, wie wenn sie für sie gekauft worden wären[p]). 4) Eben so wenn er mit Dotalgeld Sachen für sich angeschafft hat und insolvent ist[q]). Unter einen ganz anderen Gesichtspunkt aber fällt die Ausdehnung der hereditatis petitio auf

---

fremde Rechtsgeschäfte in den Jahrb. für Dogmatik I. S. 324 ff. (1856.) Pagenstecher II. S. 204 f., s. aber: Bremer in Linde's Ztschr. N. F. XX. 2. Vangerow §. 311 Anm. 1. Windscheid §. 172 Anm. 11—13. Arndts §. 145 Anm. 3. R.)

m) (Jhering, Uebertragung der rei vindicatio auf Nichteigenthümer [rei vind. utilis] in den Jahrb. für Dogmatik I. S. 101 ff. [1856] findet hierin eine Steigerung der persönlichen Klage gegen den Eigenthümer auf Uebertragung des Eigenthums. Vgl. gegen diese Auffassung: Kindervater in Bekker's Jahrb. VI. 9. Arndts, §. 145 Anm. 3 a. E. Vorlesungen 5. Aufl. §. 149 Note 4. Pagenstecher III. S. 22 f. Windscheid §. 174 Anm. 6. R.)

n) L. 2 D. quando ex facto tut. (26, 9), L. 3 C. arbitr. tut. (5, 51). Vergeblich hat Löhr, Magazin IV. 10, 5 versucht, die Vindication auf eine blos hypothekarische zu beziehen.

o) L. 8 C. de R. V. (3, 32), L. 2 C. de don. inter vir. (5, 16). Irrthümer: 1) es beschränke sich auf die bona castrensia eines filiusfamilias miles, 2) es gelte von dem Vermögen der Filiifamilias überhaupt, und sey daher eine Anwendung der Regel: in universitatibus iuris (eine solche sey das Peculium) res succedit in locum pretii etc. (§. 35 Note d); sowohl die Regel als diese Anwendung derselben ist falsch.

p) L. 55 D. de don. inter vir. (24, 1).

q) L. 54 D. de iure dot. (23, 3): Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur (Gaius ad ed. praet. urbani titulo de praediatoribus). Vgl. L. 22 in f. D. sol. matr. (24, 3). Ein Irrthum ist es, dieß auch sonst zuzulassen und aus der angeblichen Eigenschaft der Dos als universitas iuris abzuleiten (§. 35 Note d). Das Gegentheil ergiebt sich aus L. 12 C. de iure dot. (5, 12): Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem emti possit adquirere; at dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus praeses provinciae, si non te transegisse re-

Sachen, die der Erbschaftsbesitzer mit Erbschaftssachen sich angeschafft hat[r]).

b. Vom Eigenthümer abgeleiteter Fruchterwerb.

§. 150.

Personen, die zum Erwerb der Früchte einer fremden Sache berechtigt sind, ohne juristische Besitzer der Sache zu seyn, erwerben das Eigenthum der Früchte durch Perception, Besitzergreifung[a]), die auf eine Gestattung des Eigenthümers sich gründet, und daher der Tradition vergleichbar ist[b]).

2. Ohne Besitzerwerb.

a. Adjudication.

§. 151.

Durch das richterliche Erkenntniß, wodurch der Richter auf erhobene Theilungsklage theilt, wird das Eigenthum der adjudicirten Sache ohne einen weiteren Act erworben[a]).

---

pererit, sed ex maiore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit. Vgl. L. 25—27 D. de iure dot. (23, 3).

r) Diese Eigenthümlichkeit der H. P. (§. 515) ist es, welche zu der irrigen Lehre von der universitas iuris und dem res succedit etc. (§. 35 Note d) Veranlassung gegeben hat, s. besonders L. 22 D. de H. P. (5, 3), L. 20 §. 10 eod.: non solum autem in hereditate utimur senatusconsulto, sed et in peculio castrensi vel alia universitate.

a) L. 13 D. qu. mod. ususfr. am. (7, 4), L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1), L. 61 §. 8 D. de furt. (47, 2). Nichts abweichendes enthält L. 26 §. 1 eod.: Item constat colonum, qui nummis colat, cum eo qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia ut primum decerptus esset, eius esse coepisset.

b) L. 6 D. de donat. (39, 5). (Vgl. jedoch gegen die Traditionstheorie: Arndts, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. 3. 9. [1847] S. 390. Pand. §. 156 Anm. 1 und besonders Göppert, über die organischen Erzeugnisse (1869) S. 291 f. In der That ist der fortdauernde consensus des Eigenthümers nur für den Pachter nothwendig, während dem dinglichen ius fruendi des Fructuars gegenüber der Widerspruch unerheblich erscheint, mithin der Erwerb desselben als ein originärer betrachtet werden muß. Dasselbe gilt vom antichretischen Pfandgläubiger und dem Emphyteuta, nur daß dieser schon durch Separation erwirbt, L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1), eine Anomalie, deren Grund in der Verwandtschaft mit dem provinziellen ager vectigalis zu suchen seyn dürfte und die deshalb jedenfalls von dem Eigenthumsbesitze des Emphyteuta unabhängig ist. Vgl. Rudorff, de iurisdictione edictum §. 63. 64 p. 76—78, Göppert, S. 313 f. R.)

a) §. 7 I. de off. iud. (4, 17), vgl. L. 17 D. de usurp. (41, 3). Eine Privattheilung hat diese Wirkung nicht, es muß noch Tradition hinzukommen. L. 45 D.

b. Erwerb durch Verwirkung des bisherigen Eigenthümers.

§. 152.

Die Sache, hinsichtlich deren der Eigenthümer oder der von ihm für sie und ihre Fortschaffung Bestellte die Zollentrichtung versäumt, geht sofort in das Eigenthum des Zollberechtigten über[a]); von dieser Strafe befreit ein entschuldbarer Irrthum[b]), der Soldatenstand[c]), das pupillarische Alter, wenn die Entrichtung innerhalb 30 Tagen nachgeholt wird[d]), und der Ablauf von fünf Jahren, wenn das Commissum so lange nicht geltend gemacht worden ist[e]). Einen Eigenthumserwerb durch Verwirkung hat auch die zweite Ehe zum Besten der Kinder erster Ehe zur Folge (§. 428). Unter denselben Gesichtspunkt fällt endlich der Satz, daß auf den Miteigenthümer eines der Reparatur bedürftigen Hauses, der die Reparaturkosten für den Antheil eines anderen säumigen Theilhabers mitgetragen hat, das Eigenthum dieses Antheils übergeht, wenn ihm nicht seine Auslage mit Zinsen innerhalb vier Monaten erstattet wird[f]).

c. Andere Fälle.

§. 153.

Zu dem derivativen Erwerb, der von Besitzerwerb unabhängig ist, gehören noch andere Fälle, die mit anderen Rechtsverhältnissen in dem nächsten Zusammenhang stehen, und daher bey diesen vorkommen werden, so der Zuschlag an den Pfandgläubiger vermöge des ius dominii impetrandi, die missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine, der Eigenthumserwerb durch successio per universitatem, namentlich durch Erbfolge, der durch Vermächtniß.

---

de pact. (2, 14). Weder dem Urtheil auf eine andere persönliche Klage, noch dem auf die Vindication kann diese Wirkung zugesprochen werden, vgl. L. 35 §. 1 D. de R. V. (6, 1), L. 8 §. 4 D. si serv. (8, 5): — per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari —.

a) Dig. XXXIX. 4: de publicanis et vectigalibus et commissis, Cod. IV. 61: de vectig. et commissis. — L. 8. 14 D. h. t.

b) L. 16 §. 6. 10 D. eod.

c) L. 3 C. h. t.

d) L. 7 §. 1 D. h. t.

e) L. 2 C. h. t.

f) L. 52 §. 10 D. pro socio (17, 2), L. 4 C. de aedif. priv. (8, 10).

B. Originärer Erwerb.

1. Durch Besitzerwerb.

§. 154.

Die Occupation, d. h. die einseitige Besitzergreifung, macht den Occupanten zum Eigenthümer, wenn die Sache herrenlos ist[a]). Solche herrenlose Sachen sind unter anderen 1) wilde Thiere in ihrer natürlichen Freiheit[b]); 2) Sachen, die in der Gewalt der Feinde sich befinden[c]); 3) Schätze, d. h. hier eine verborgene Habe, deren Eigenthümer durch die Länge der Zeit gänzlich unbekannt geworden ist[d]); mit der

---

a) L. 3 pr. D. de adqu. dom. (41, 1), L. 55 eod.: In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit, cum eo haereret, exemtum eum abstuli, num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oporteret, quaero. Respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim, et si in privato posui, utrum in meo an alieno, et si in alieno, utrum permissu eius, cuius fundus erat, an non permissu eius posuerim; praeterea utrum in eo casu ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desisset, et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

b) L. 1 §. 1, L. 2, L. 3 §. 1, L. 5 §. 2—6 eod., vgl. §. 143. (Ueber die Einwirkung des Jagdrechts nach heutigem Recht: Puchta, Vorlesungen §. 154, Schmid, Hdb. §. 7 Anm. 5—37, Holzschuher II. 1 S. 130 f., Schütze und Bekker, „der Eigenthumserwerb am Wildergut" in Bekker's Jahrb. VI. 3, Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig. Bd. 1. Heft 6 (Schlußheft) Das Jagdrecht und die Jagdvergehen von Dr. Carl Georg von Wächter. 1870. R.)

c) L. 5 §. 7, L. 51 §. 1 eod., vgl. §. 143. (Heutiges Recht: Heffter, Völkerrecht §. 130 f. 150 f. R.)

d) Cod. X. 15: de thesauris. L. 31 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1): Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat. (Davon sind zu unterscheiden verlorene Sachen, vgl. Puchta, Vorles. §. 154 und Delbrück, vom Finden verlorener Sachen in den Jahrb. für Dogmatik III. S. 1 ff. (1858). Schütze im prakt. Archiv No. II. S. 155. 293. 345. Gimmerthal, vom Finden verlorener derelinquirter und herrenloser Sachen: Archiv für civ. Pr. LII. N. F. II. (1869) No. XXII. S. 521 f. — (Gegen den Gesichtspunkt der Occupation einer herrenlosen Sache erklärt sich Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 148. In jedem Fall ist die „Restitutionspflicht" keine bloße Obligatio L. 63 D. de adq. rer. dom. (41, 1), L. 3 §. 10 D. de iure fisci (49, 14). Vgl. Gimmerthal, über den Eigenthumserwerb am Schatze, Archiv für

Erwerbung derselben durch Occupation ist eine Restitutionspflicht der Hälfte an den Eigenthümer des Grundstücks (des Ganzen, wenn absichtlich ohne seine Einwilligung gesucht worden ist), an den Fiscus auch bey Schätzen auf res sacrae und religiosae verbunden[e]); 4) Sachen, die jemand neu verfertigt hat (s. g. Specification), so daß der Stoff sich nicht wieder herstellen läßt[f]), oder gegen die Form in einem ganz untergeordneten Verhältniß steht, also in der That eine Sache existirt, die vorher noch nicht vorhanden war[g]). Der Specificant wird

---

cio. Pr. LI. N. F. I. (1868) No. IV. S. 63 f., welcher ein donum fortunae annimmt (L. 63 pr. D. de A. R. D. 41, 1), an dem sowohl das Eigenthum des Finders als des Grundherrn ohne Occupation und Accession mit der inventio unmittelbar gesetzlich entstehe, eine Ansicht, die sich den Worten der Quellen am genauesten anschließt. R.)

e) L. un. C. de thesaur. (10, 15), §. 39 I. de rer. div. (2, 1), L. 3 §. 10. 11 D. de iure fisci (49, 14). Ortloff, de thesauris 1818, W. Sell, Versuche (1833) I. 3. (Vgl. Windscheid §. 184 Anm. 10, Arndts §. 155 Anm. 5. R.) — Bestritten ist der Eigenthumserwerb an dem in einer beweglichen Sache gefundenen Schatze. Dagegen erklären sich Böcking, Inst. §. 150 Anm. 31, Schwach in Haimerl's Vierteljahrsschrift XII. 4. wegen L. 44 pr. D. de poss. (41, 2) und L. 67 D. de rei vind. (6, 1), vgl. aber Brinz I. S. 193, Windscheid §. 184 Anm. 11, Arndts §. 154 Anm. 6. R.)

f) L. 7 §. 7, L. 24. 25. 26 pr. D. de adquir. dom. (41, 1), L. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1). §. 25 I. de rer. div. (2, 1). Keine Specification ist das Ausdreschen von Getreide, §. 25 cit. berichtigt durch L. 7 §. 7 cit., ferner das bloße Färben eines Stoffs, L. 26 §. 3 D. eod.: — quia nihil interest inter purpuram et eam lanam, quae in lutum aut coenum cecidisset atque ita pristinum colorem perdidisset.

g) L. 7 §. 7 D. de adqu. dom. (41,1): Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat —. Ueber den Fall einer Verbindung fremden und eignen Stoffs s. unten §. 163 Note b. (Gegen die Occupationstheorie: §. 25 I. de rer. div. (21, 1). cum — operam suam dedit, v. Scheurl, Beitr. I. S. 283 f., Dernburg, Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 146 f. 295, Pagenstecher, II. S. 113 f., Leist, Studien III. S. 119 f., 162 f., Windscheid §. 187 Anm. 2, Arndts §. 155 Anm. 1, und in Betreff des justinianischen Rechts: Fitting, Archiv für civ. Pr. XLVIII. 1. 7. 13 (1865). Mit dem Erforderniß der bona fides ist die Occupationstheorie unvereinbar. — Ob die Specification die beschränkenden Verfügungen über die alte Sache aufhebt z. B. Legat (L. 44 §. 2 D. de leg. I. 30), Verpfändung (L. 18 §. 3 D. de pign. act. 13, 7) ist eine quaestio voluntatis, für welche nicht sowohl das Stoffeigenthum oder die Rückführbarkeit, wie Fitting S. 158 f. 328 f. und Windscheid §. 187, 2 annehmen, als vielmehr die Intention den Werth oder nur die Species zu geben, das entscheidende Moment bildet. Darauf beruht es, daß es bey der Verpfändung eines Waldes des Zusatzes bedarf quaeque ex silva facta natave sint, während derselbe bey dem Legat silberner Becher oder Massen entbehrlich ist. — Gegen die Arbeits- und für die Occupationstheorie: Bech-

Eigenthümer der Sache, die er mit diesem Willen hervorgebracht hat; sein Erwerb beruht auf demselben Grunde, wie die vorher erwähnten Fälle, und daraus ergiebt sich, daß es auf diese Wirkung keinen Einfluß haben kann, ob der Untergang der früheren Sache bona oder mala fide herbeigeführt worden ist[h]). 5) Derelinquirte Sachen. Die Dereliction fordert den Willen, das Eigenthum schlechthin (ohne Uebertragung auf einen Anderen) aufzugeben, und einen diesem Willen entsprechenden körperlichen Act[i]). Als Derelinquent soll auch behandelt werden der Eigenthümer eines Grundstücks, welcher es zum Nachtheil des Cultur- und sonstigen öffentlichen Interesses verläßt, wenn ein anderer es in Besitz nimmt, anbaut, und von jenem nicht innerhalb zweyer Jahre wegen der gemachten Verwendung und Ausgaben entschädigt wird[k]).

mann, über den Rechtsgrund des Eigenthumserwerbs durch Specification im Archiv für civ. Pr. XLVII (1864) S. 25—60 und aus andern Gründen Fitting daselbst XLVIII (1865). R.)

h) Dieß ist sehr controvers; dagegen ist unter den Neueren z. B. Sell, Versuche I. 5 (1833). (o. Scheurl, Beitr. [1852] S. 285, Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 146. 295, Windscheid §. 187 Anm. 3, Arndts §. 155 Anm. 3. R.) Für den obigen Satz ist die Consequenz, welche auch durch L. 29 §. 1 D. de don. inter vir. (24, 1) bestätigt wird, dagegen behandeln L. 12 §. 3 D. ad exhib. (10, 4), L. 13. 14 §. 3 D. de cond. furt. (13, 1), L. 4 §. 20 D. de usurp. (41, 3), L. 52 §. 14 D. de furt. (47, 2) den Fall, wo der Specificant den Stoff gestohlen hat, in Beziehung auf die condictio furtiva und die actio ad exhibendum so, als wenn der Stoffeigenthümer Eigenthümer der neuen Species wäre, und dieß geschieht zum Theil von Juristen, die sonst diese letztere Ansicht entschieden verwerfen, vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 242 Note m. Diese Stellen sind somit als eine Modification, nicht als eine Verwerfung der dargestellten Consequenz zu betrachten. (Dagegen spricht das Princip des Fruchterwerbs des bona fidei possessor für die bona fides. Vgl. Böcking, Pand. II. §. 154 und Note 15. R.)

i) L. 1. 2 §. 1 D. pro derel. (41, 7), L. 43 §. 5 D. de furt. (47, 2), L. 17 §. 1 D. de adqu. poss. (41, 2), §. 47. 48 I. de rer. div. (2, 1). Ueber die Dereliction eines Theils L. 3 D. pro derel.

k) L. 8 C. de omni agro des. (11, 58), vgl. L. 11 C. unde vi (8, 4). Gegen die Beschränkung des Rechtssatzes auf kaiserliche Emphyteusen (Ballhorn, observ. ad L. 8 C. de o. a. d. 1803) s. Guyet, Archiv für civ. Pr. XVII. 2. 3 (1834). Allerdings aber ist er unter Umständen entstanden (Puchta, Cursus der Inst. II. §. 241 bey r), deren Wegfall ihn für das heutige Recht unangemessen macht.

2. Durch Ersitzung[a]).

§. 155.

Um das Eigenthum zu sichern und namentlich seinen Beweis zu erleichtern[b]), ist bestimmt, daß der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Besitz der Sache unter gewissen anderen Voraussetzungen die

---

a) Inst. II. 6: de usucapionibus et longi temporis praescriptionibus. Dig. XLI. 3: de usurpationibus et usucapionibus. Cod. VII. 30: communia de usucapionibus. VII. 31: de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. VII. 33: de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum. VIII. 34: in quibus causis cessat longi temp. praescriptio. VII. 35: quibus non obiicitur l. t. praescriptio. VII. 38: ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur. VII. 39: de praescriptione XXX vel XL annorum. — Unterholzner, die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz 1815, Verjährungslehre 1828 (zweite, neu durchgesehene Auflage von Schirmer 1858. R.) II. 2, Puchta, Cursus d. Inst. II. §. 239. 240. (v. Scheurl, Beitr. II. S. 29 f. R.)

b) L. 1 D. de usurp. (41, 3): Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundum rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. L. 5 pr. D. pro suo (41, 10). (Die Versuche, außerdem eine innere Rechtfertigung der Usucapion aufzufinden, entweder in der bona fides [Savigny], oder in der Zeit [Stintzing §. 157 c. d., Puchta, Cursus der Inst. II. §. 239 b], oder in dem Titel [v. Scheurl §. 157 c], oder in dem Besitz [Schirmer, Grundidee der Usucapion 1855 §. 2], so daß nur die res habilis noch fehlt, können schon wegen der einseitig privatrechtlichen, überdieß auf die Seite des Rechts e r w e r b s [worin man noch gar den Unterschied von der deutschen Verjährung findet: Schmidt, der princip. Unterschied d. röm. u. d. Rechts 1853 S. 110] beschränkten Auffassung von keinem Erfolg seyn. — Die Beweiserleichterung im Eigenthumsprocesse, welche die Ersitzung mit den Interdicten gemein hat (§. 133 d), geht vom Kauf aus (Gaius 2, 41—44, v. Scheurl a. a. O. S. 31) und steht mit der Beschränkung der Veräußerung und Haftpflicht auf bloßes Innehaben (habere licere) statt voller und unbedingter Eigenthumsübertragung (suum esse), sowie mit der Einführung der Publiciana in ihrer ältern und neuern Anwendung auf das bonitarische Eigenthum und den redlichen Besitz (Ed. perpetuum 1869 §. 62), so wie der exceptio rei venditae et traditae (ebenda §. 289) in genauem Zusammenhange. Der Käufer, welcher Kauf und Tradition nachweist, ist daher dritten Personen gegenüber schon während der Ersitzung vom Beweise des Eigenthums und Veräußerungsrechts seines Rechtsvorgängers befreit, vorausgesetzt daß er ehrlich gekauft hat (bona fide emit. §. 57 m). Dem minder Berechtigten gegenüber soll schon die subjective Berechtigung genügen, während dem besser berechtigten Eigenthümer nur eine objective Berechtigung gewachsen ist. Aber auch diesem gegenüber genügt die vollendete Ersitzung, da die Frist abgesehen von res furtivae u. dgl. zur Verfolgung seines Rechts ausreicht. Es erhellt hieraus, daß die Bedeutung des Titels eine durchaus selbstständige, nicht blos eine die bona fides unterstützende ist. Wäre Letzteres der Fall, so würde der Titel gar keines Beweises bedürfen, während er als selbstständiger Beweisrest in der That bewiesen werden muß, §. 161 a. b. R.)

sonstige Erwerbung ersetzen, mithin als Erwerbsart des Eigenthums gelten soll[c]). Die Erfordernisse sind darauf berechnet, den Erfolg der Ersitzung, der nicht der beabsichtigte, aber auch nicht völlig auszuschließen ist, daß sie jemandem, dem es nicht gebührt, das Eigenthum verschafft, seltener und, wenn er dennoch eintritt, dem Rechtsgefühl erträglich zu machen. Sie bestehen in der Länge der Zeit, innerhalb welcher der wirkliche Eigenthümer dem drohenden Verlust vorbeugen kann (§. 156), in der besonderen Bestimmung des Besitzerwerbs (§. 157), und in der Ausschließung mancher Sachen von dieser Erwerbung (§. 158).

Das Institut der Ersitzung als Eigenthumserwerb kommt im römischen Recht in verschiedenen Formen vor. Schon in ältester Zeit als Erwerbung des quiritischen Eigenthums, also für Personen und an Sachen, bey denen dieses möglich war, unter dem Namen usus auctoritas, später usucapio. Neben diese trat nachher eine Verjährung der Eigenthumsklage in zehn oder zwanzig Jahren, welche den longi temporis possessor gegen diese Klage durch eine exceptio oder praescriptio longi temporis schützte, und eine suppletorische Bestimmung hatte, indem sie eintreten konnte, wo die Usucapion nicht Statt fand. Bald erhielt diese longi temporis possessio, wenigstens bey gewissen Sachen, die Wirkung der Ersitzung, indem auch einem Kläger die Berufung auf sie gestattet ward. Diese Anwendung fand sie namentlich bey Provincialgrundstücken, welche der Usucapion entzogen waren. So wurden bewegliche Sachen in einem, italische Grundstücke in zwey Jahren (Usucapion), Provincialgrundstücke in zehn oder zwanzig Jahren (longa possessione) erworben. Aus der Aufhebung des Unterschieds zwischen quiritischem und bonitarischem Eigenthum, zwischen italischen und Provincialgrundstücken (zu welchen letzteren ohnedieß fast alle Grundstücke im justinianischen Reich gehörten), folgte von selbst die Verschmelzung der beiden Ersitzungsarten, die Justinian mehr bestätigte und ordnete, als neu einführte, indem er außerdem noch die Zeit der Ersitzung beweglicher Sachen erhöhte, und der Verjährung der Eigenthumsklage von dreißig und vierzig Jahren unter Voraussetzung der bona fides die Wirkung der Ersitzung beilegte[d]).

c) L. 3 D. de usurp.: Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

d) L. 8 C. de praescr. XXX ann. (7, 39) vom Jahr 528. L. un. C. de usuc. transf. (7, 31. 531): Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritium nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant decem vel viginti vel triginta annorum vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est, usucapionem in italicis quidem soli rebus, ad-

Wir können alle diese Fälle unter dem Namen der Usucapion zusammenfassen, wie in der That auch Justinian schon versucht[e]), und nur darum nicht durchgeführt hat, weil man zu seiner Zeit an die Namen usucapio und longi temporis possessio als sehr verschiedene Ersitzungszeiten bezeichnende gewöhnt war[f]).

---

mittere, in provincialibus autem recludere. Sed et si quis res alienas, italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur, et nullus eis ad eas reservabatur regressus, quae et nescientibus dominis procedebant, quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. Ideo per praesentem legem et in italici soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum et aliarum exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus submotis. Cum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae vel quocunque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant non in italico solo nexu, sed in omni orbe terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendam, ut si quis alienam rem mobilem, seu se moventem in quacunque terra sive in italica sive provinciali bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem eam adquisitam. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris, et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel tricennium. Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. Ita etenim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia, cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est, et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis. Pr. I. de usuc. (2, 6).

e) pr. I. cit.: — immobiles vero per longi temporis possessionem — usucapiantur — —.

f) Manche Juristen haben es für eine besondere Gründlichkeit gehalten, usucapio und longi temporis possessio noch immer als zwey verschiedene Institute zu behandeln (ein solcher Versuch ist Hameaux, die usuc. und l. t. praescr. 1835), oder die Fortdauer der Präscriptio, in Bezug auf die Unterbrechung zu behaupten: May, über den Charakter der ord. Ersitzung [1847], vgl. Stephan, Archiv für civ. Pr. XXXIV. 8. 16 [1851], Böcking II. §. 144 Anm. 24, Windscheid §. 175, Arndts §. 157 Anm. 4. Der besondere Schutz der longi temporis praescriptio gegen das Pfandrecht (Cod. 7, 36 si adversus creditorem praescriptio opponatur) gehört diesem an. R.)

Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung.

a. Zeit.

§. 156.

Der Besitz muß bey beweglichen Sachen drey Jahre, bey unbeweglichen zehn Jahre inter praesentes, zwanzig Jahre inter absentes fortgesetzt werden, um die Usucapion zu vollenden. Praesentes sind, nach Justinian's Bestimmung, die (Besitzer und Eigenthümer) in derselben Provinz, absentes die in verschiedenen ihr Domicilium haben[a]). Wie die durchgängige Abwesenheit die ganze Zeit verdoppelt, so auch eine theilweise den Theil der Zeit, die sie gedauert hat[b]).

Diese Zeit hindurch braucht der Usucapient nicht überall selbst (in eigener Person oder durch einen Repräsentanten) besessen zu haben; ist er durch einen derivaten Titel Usucapionsbesitzer geworden, so kann er den Besitz seines Vorgängers (und den, welchen dieser sich zurechnen konnte) zu dem seinigen hinzurechnen, es tritt eine accessio possessionis ein[c]). Ihre Erfordernisse sind 1) Besitzerwerb des Usucapienten vermöge eines derivativen Titels[d]); 2) Continuität des Besitzes des Successors mit dem des Auctors[e]); 3) Besitz und zwar Usucapionsbesitz des Auctors[f]).

---

a) L. 12 D. de pr. longi temp. (7, 33).

b) Nov. 119 c. 8. Hugo, civil. Magazin V. 17.

c) Dig. XLIV. 3: de div. temp. pr. et de accessionibus possessionum. Ein Versuch abgesonderter Darstellung dieser Lehre ist Denzinger, die Acc. Poss. nach dem röm. und canon. R. 1842. Ueber ihre allgemeine Zulässigkeit nach justinianischem Recht vgl. §. 13 I. de usuc. (2, 6), L. 2 §. 20 D. pro emt. (41, 4), L. 11 C. de pr. longi temp. (7, 33), L. un. C. de usuc. transf. (7, 31).

d) L. 2 §. 16 D. pro emt. (41, 4): Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis. L. 14 §. 1 D. de div. temp. pr. (44, 3): Plane tribuuntur (accessiones possessionum) his, qui in locum aliorum succedunt —. — L. 13 §. 9 D. de adqu. poss. (41, 2): Si iussu iudicis restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit. — Daß der Usucapient selbst besitzen muß, um von der accessio Gebrauch machen zu können, liegt schon in dem Namen der accessio, und die Hervorhebung dieses Erfordernisses hat für die Usucapion kein Interesse; anders bey der Anwendung auf Interdicte, für diese wird es besonders hervorgehoben in L. ult. D. de div. temp. pr., L. 13 §. 12 D. de adqu. poss.

e) L. 15 §. 1 D. de div. temp. pr. (44, 3), L. 13 §. 4 D. de adqu. poss. (41, 2), vgl. L. 20 D. de usurp. (41, 3).

f) L. un. C. de usuc. transf. (7, 31), L. 13 §. 13 D. adqu. poss. (41, 2), L. 37 D. de A. E. V. (19, 1), L. 5 pr. D. de div. temp. pr. (44, 3). — L. 14 pr. D. de usurp. (41, 3): Id tempus venditoris prodest emtori, quo antequam venderet possedit, nam si postea nactus est possessionem venditor, haec possessio emtori non proficiet.

Es giebt noch andere Besitzzurechnungen, die diesen Erfolg mit dem eben bestimmten Institut gemein haben, und daher auch wohl von den römischen Juristen unter den accessiones possessionum mitbegriffen werden[g]), die aber auf wesentlich verschiedenen Principien beruhen: 1) die Rescission eines Kaufcontracts soll in jener Hinsicht wie ein Rückkauf behandelt, also dem Verkäufer die Zurechnung des Besitzes des Käufers gestattet werden, eben so wenn die Veräußerung durch eine Resolutivbedingung rückgängig wird[h]), der wahre Grund ist, daß die Veräußerung als nicht geschehen zu betrachten, und es darum billig ist, auch den Besitz so zu behandeln, wie wenn er stets bey dem Verkäufer geblieben wäre[i]). 2) Eben so ist der Satz aufzufassen, daß dem Geber eines Precariums nach erfolgter Restitution der Besitz des Precaristen zu Gute kommt[k]). 3) Wenn der Usucapient stirbt vor Vollendung der Usucapion, so wird die Zeit seines Besitzes, des Besitzes der Erben, und die Zwischenzeit zusammengerechnet (vorausgesetzt, daß nicht der Besitz eines Dritten den Zusammenhang unterbrochen hat). Der Erbe succedirt in die Usucapion des Erblassers, er setzt sie fort, und vollendet sie, wie sie denn auch schon vor seinem

g) Diese Zusammenstellung verschiedenartiger Fälle hat vornehmlich die Aeußerung der L. 14 pr. D. de div. temp. pr. veranlaßt: De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus, consistunt enim in sola aequitate.

h) L. 6 §. 1 eod., L. 13 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 19 D. de usurp. (41, 3).

i) Nicht so wird die Frage der bona fides behandelt, in Beziehung auf sie gilt die Redhibition als Anfang des Besitzes, L. 7 §. 4 D. pro emt. (41, 4).

k) L. 13 §. 7 D. de adqu. poss. (41, 2), eine Aeußerung, bey welcher der Jurist zwar zunächst das Interdict, nicht die Usucapion im Auge hat, die aber auch auf diese bezogen werden kann, und im justinianischen Recht darauf bezogen werden muß. (Nach L. 15 §. 5 D. de prec. (43, 26) halten Manche die accessio possessionis für überflüssig, weil der Ersitzungsbesitz fortdauert. Arndts §. 161 Anm. 2. Allein dieses wäre eine possessio duorum in solidum, die es gar nicht giebt, §. 131 e. Vgl. Rudorff zu Savigny, Besitz, 7. Aufl. Num. 48. 49. R.) — Wenn dem Sequester der juristische Besitz übertragen ist, so wird dadurch die Usucapion der Parteien unterbrochen, ja dieß ist gerade der Zweck jenes Zusatzes zur sonstigen Function des Sequesters, L. 17 §. 1 D. de depos. (16, 3). Dessen ungeachtet ließe sich denken, daß nachher für den Sieger die Unterbrechung als nicht geschehen betrachtet, also ihm die Zeit der Sequestration zugerechnet würde, und dieß scheint namentlich gegenüber einem Dritten der Gerechtigkeit gemäß, nur freilich steht entgegen L. 39 D. de adqu. poss. (41, 2): Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. Nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet, at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. (Vgl. Muther, Sequestration S. 241 f. R.)

Eintritt hereditate iacente vollendet werden kann[1]). Der Unterschied dieser successio in usucapionem (nicht in possessionem) und der eigentlichen accessio possessionis ist der, daß die letztere eine Modification der Regel ist, wonach die Zeit von dem Anfang des Usucapionsbesitzes an abgelaufen sein soll, nicht so die erstere, bey welcher der Anfang nicht im Erben, sondern im Erblasser liegt.

b. Besitzerwerb mit iustus titulus und bona fides.

§. 157.

Der Usucapient muß den Besitz mit dem animus domini erworben haben[a]). Bey dem Erwerb durch Repräsentanten ist für den Anfang der Usucapion auch das Bewußtseyn von der erfolgten Apprehension nöthig, mit Ausnahme der Fälle, wo Wissen und animus des Erwerbers überhaupt nicht gefordert wird[b]).

Ein allgemeines Erforderniß der Usucapion nach neuerem Recht[c])

---

1) L. 30 pr. D. ex qu. caus. maior. (4, 6). Cum miles, qui usucapiebat, decesserit, et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem, et plerumque nondum hereditate adita completur. L. 20. 40. 44 §. 3 D. de usurp. (41, 3), L. 2 §. 19, L. 6 §. 2, L. 7 pr. D. pro emt. (41, 4). Streitfrage: ob nicht jedenfalls wenigstens der Besitzerwerb des Erben (wenn auch die Zeit schon abgelaufen) zur Vollendung der Usucapion, die der Erblasser selbst noch nicht vollendet hatte, erforderlich sey? Bejaht von Unterholzner, Verjährungsl. I. §. 133, besonders wegen L. 13 §. 4 D. de adqu. poss. (41. 2), verneint z. B. von Vangerow, Leitfaden I. §. 322, Jhering, de hereditate possidente (1842) S. 8 ff., besonders wegen L. 6 §. 2 D. pro emt., die ausdrücklich die Vollendung ohne Besitz des Erben zuläßt. Die letzte Ansicht ist dahin zu modificiren, daß, wenn beim Antritt die Zeit noch nicht abgelaufen war, zur Vollendung die Besitzergreifung des Erben gehört, sofern nicht die Sache in der Detention eines Repräsentanten ist, s. L. 30 §. 5 D. de adqu. poss. (Vgl. jedoch L. 31 §. 5 D. h. t. vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. Jhering, Abh. S. 251 f., Scheurl, Beitr. I. S. 91 f., Böcking §. 148 Anm. 29—31. Schirmer zu Unterholzner, Verjähr. I. S. 472., Arndts §. 161 Anm. 3. R.)

a) L. 25 D. de usurp. (41, 3), L. 13 pr. eod.: Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

b) L. 8 pr. 47 eod., L. 49 §. 2 D. de adqu. poss. (41, 2), L. 1 C. de adqu. poss. (7, 32), s. §. 130 Note e. L. 2 §. 11, L. 7 §. 8 D. pro emt. (41, 4), L. 7 §. 3 D. ad exhib. (10, 4). Vgl. §. 130 Note f. g.

c) Ueber die Ausnahmen des älteren Rechts s. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 239. (Stintzing, das Wesen von bona fides und titulus in der röm. Usucapionslehre 1852 S. 44, fordert selbst regelmäßig nichts weiter als Abwesenheit des Furtum und läßt die Requisite des Titels und der bona fides erst mit der Publiciana entstehen. Dagegen: v. Scheurl, Beitr. II. [1854] Nr. XV. §. 1—10. — Schirmer, Ztschr. für Civilr. und Proz. XV. 7. 9 (1858), Burckhard, das. XXI. 9. 10 (1864). R.)

ist die Ueberzeugung, Eigenthum erworben zu haben, bona fides[d]). Diese bona fides muß 1) am Anfang vorhanden seyn[e]), und nach heutigem Recht bis zum Ende der Usucapionszeit fortdauern[f]). 2) Die bona fides dessen ist erforderlich, in dessen Person der Usucapionsbesitz beginnt, bey dem Erwerb durch Repräsentanten ist dieß regelmäßig der Dominus (s. oben), ausnahmsweise der Repräsentant, da nämlich, wo das Wissen des Erwerbers nicht gefordert wird. Hier schadet die mala fides des Repräsentanten, aber auch die des Erwerbers, wenn er zufällig Kenntniß von dem Erwerb hat[g]). 3) Vorausgesetzt, daß das Eigenthum erst durch Usucapion erworben werden wird, ist die bona fides ein Irrthum über das den vermeinten Erwerb des Eigenthums ausschließende Hinderniß, dieser Irrthum muß ein error facti und überhaupt ein entschuldbarer seyn[h]). 4) Die bona fides muß eine

---

d) Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bey der Verjährung, 1820. (Vgl. jedoch Stintzing S. 73, der mit Recht hervorhebt, daß die bona fides nicht als eine positive würdige Gesinnung, sondern negativ, als Unkunde des materiellen Unrechts, mit welchem der unvollständige Erwerb behaftet ist, genommen werden muß. Dazu Brinz, Pand. S. 211 f. Vgl. L. 109 D. de V. S. [50, 16], L. 3 pr., L. 4 §. 2 D. pro suo [41, 10], L. 4. D. pro legato [41, 8]. R.)

e) L. 10 pr. 15 §. 3, L. 48 D. de usurp. (41, 3), L. 2 pr. §. 13, L. 7 §. 4 D. pro emt. (41, 4), L. 7 §. 17 D. de publ. act. (6, 2), vgl. Backe, interpr. iur. rom. (1829), cap. 2. (Doch ist die bona fides kein Erforderniß des Besitzanfangs, sondern der causa. v. Scheurl, Beitr. [1852] S. 220 f. Die causa als dingliches Veräußerungsgeschäft ist im Allgemeinen freilich erst in der Tradition, nicht schon in dem vorausgehenden obligatorischen Act zu finden, zu welchem sie sich vielmehr als Solution verhält: L. 2, L. 15 §. 3, L. 48 D. de usurp. (41, 3). Anders jedoch ist es bey dem Kauf, sofern dieser nicht blos die Verpflichtung, sondern schon die Veräußerung (§. 155 b) und den Uebergang der Gefahr in sich trägt. Daher muß der Glaube an das gültige Bestehen nur hier schon beim Abschluß des Geschäfts vorhanden seyn, während sonst im Allgemeinen erst die Tradition entscheidet. L. 3 D. pro suo (41, 10). Vgl. über den Grund §. 155 b. Eben daher muß nur der Kauf in der Regel wirklich vorhanden seyn, während sonst die Existenz eines obligatorischen Verpflichtungsgrundes gleichgültig ist, L. 2 §. 11 D. pro emt. (41, 4) und nur für den Kauf genügt ausnahmsweise ein entschuldbarer Irrthum: L. 11 D. pro emt. (41, 4), L. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10). Vgl. Hugo von David, zur Lehre vom j. g. Ersitzungstitel, Wien 1869, S. 12. 37, dessen Grund (daß Kauf und Tradition nur Einen Act bildeten) freilich nicht ausreicht. Ueber die Frage nach der Gültigkeit des Kaufs vgl. Fitting im Archiv für civ. Pr. 51, 2. R.)

f) cap. ult. X. de praescr. (2, 26).

g) L. 3 §. 10—13, L. 11 D. pro emt. (41, 4), L. 43 §. 1 D. de usurp. (41, 3). (Daß die Kenntniß eine gleichzeitige sey, ist nicht erforderlich. Donell. V. 17 §. 7, v. Scheurl, Beitr. S. 228 f. R.)

h) L. 31 pr. eod., L. 7 §. 2 D. pro emt. (41, 4), L. ult. D. pro her. (41, 5), L. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10). (Die Beschaffenheit des Irrthums ist gleichgültig 1) bezüglich des dominium auctoris, L. 2 §. 8 D. pro emt. [41, 4], L. 19 §. 3 D.

erweisliche objective Grundlage haben, die in dem Usucapienten die Ueberzeugung, Eigenthümer zu seyn, hervorbringen konnte und hervorgebracht hat. Regelmäßig ist die wirkliche Existenz eines zur Verschaffung des Eigenthums an sich (also abgesehen von dem hier eingetretenen, dem Usucapienten unbekannten Hinderniß) geschickten Erwerbsgrundes erforderlich, vermöge dessen der Usucapient in den Besitz gekommen ist, dieß ist der Usucapionstitel[i]). Doch ist ausnahmsweise die Usucapion auch ohne einen wirklichen Titel (aus einem putativen Titel) zulässig, wenn nur sonst ein guter Grund vorhanden war, der in dem Besitzer vernünftigerweise jene Ueberzeugung hervorbringen konnte[k]).

Die Titel sind so verschieden als die Eigenthumserwerbsarten[l]), sie sind theils originäre (usucapio pro suo, dahin gehört immer die Usucapion aus einem putativen Titel), theils derivative[m]).

---

de neg. gest. [3, 5]; 2) bey vollständigem Erwerb, L. 13 §. 2, L. 44 §. 4 D. de usurp. [41, 3], L. 28 D. de nox. act. [9, 4], L. 3 D. pro donato [41, 6], L. 25 D. de don. int. vir. et ux. [24, 1]. Stintzing, a. a. O. S. 57. 75 ff. R.)

i) L. 5 C. de praescr. l. t. (7, 33), §. 11 I. de usuc. (2, 6), L. 1 D. pro don. (41, 6), L. 6 D. pro derel. (41, 7), L. 1—3 D. pro leg. (41, 8), L. 27 D. de usurp. (41, 3): Celsus trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse, nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit: quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

k) L. 11 D. pro emt. (41, 4): (Africanus) Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur. L. 4 §. 2, L. 5 §. 1 D. pro suo (41, 10). — L. ult. D. pro leg. (41, 8): Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est, sed et si non iure legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit (Hermogen.). (Die Unterscheidung des wahren und putativen Titels verwirft Stintzing a. a. O. S. 89 f., während v. Scheurl, Beitr. II. [1854] S. 78. 79 sie festhält, weil er §. 11 I. de usuc. [2, 6], L. 4 C. de usuc. pro hered. [7, 29], L. 24 C. de R. V. [3, 32] als das letzte Wort der Compilation ansieht. Vgl. überhaupt Fitting, Wesen des Titels bei der Ersitzung, Archiv für die civ. Praxis LI. N. F. II. (1868) No. 1, LII. N. F. II. (1869) No. I. IX. R.)

l) Dig. XLI. 4—10. Cod. VII. 26—29. (Vgl. Böcking, Pand. §. 146, Arndts, Pand. §. 159 Anm. 3. R.)

m) Ueber den titulus pro soluto s. L. 46. 48 D. de usurp. (41, 3). Verschiedene Ansichten bestehen über die usucapio pro herede des neuesten Rechts, Dig. XLI. 5, Cod. VII. 29, L. 33 §. 1 D. de usurp., L. 11 D. de div. temp. pr. (44, 3).

c. Usucapionsfähigkeit der Sache.

§. 158.

An Sachen, an denen überhaupt kein Eigenthum erworben werden kann, kann natürlich auch keines durch Usucapion erworben werden*). Außerdem sind noch manche Sachen dieser speciellen Erwerbung, und zwar der ordentlichen Usucapion (von 3, 10 und 20 Jahren) entzogen, usucapionsunfähig. In diesen Usucapionsverboten liegt eine begünstigende Rücksicht auf den Eigenthümer, dem in solchen Fällen sein Eigenthum durch jenen fortgesetzten Besitz nicht soll entzogen werden können. Am anschaulichsten ist dieß in den Fällen, wo eine Sache dadurch, daß sie gewissen Personen gehört, usucapionsunfähig wird, aber auch den übrigen liegt dieser Gedanke zu Grunde.

Usucapionsunfähig sind

1) Sachen gewisser Eigenthümer, denen dieses Vorrecht gegeben ist: a) Staatseigenthum (res fiscales)[b]; b) Eigenthum des Fürsten (res dominicae)[c]; c) Eigenthum der Städte[d]; d) unbewegliches Eigenthum der Kirchen und milden Stiftungen[e]; e) Dotalsachen, welche zu der Zeit, wo die Restitution der Dos gefordert werden kann, exstantes sind und ipso iure in das Eigenthum der Frau fallen (§. 142), die Usucapionszeit soll erst von diesem Zeitpunkt an gerech-

---

*) Vgl. Roßhirt, Archiv für civ. Pr. IX. 1 (1826), Puchta, Erlanger Jahrb. V. S. 268—276 (1827), Unterholzner, Verjährungslehre (1828) I. §. 106. 106. Streitfrage: ob das richterliche Urtheil auf die Vindication ein Usucapionstitel seyn könne? Verneint unter Anderen von Danz, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. V. 19 (1832), (Stephan, Archiv für civ. Pr. XXXI. 10 [1848]. R.), bejaht von Arndts, Archiv für civ. Pr. XIII. 15 (1830), Vangerow, Leitfaden I. §. 320. (Gegen Beide: v. Scheurl, Beitr. II. [1854] S. 82—86. Vgl. Böcking, Pand. §. 146 Note 28, Brinz, Pand. I. S. 209. R.)

a) L. 9 D. de usurp. (41, 3).

b) L. 18. 24 eod.

c) Cod. VII. 38.

d) L. 9 D. de usurp. (41, 3), L. 2 C. ne rei dom. (7, 38), L. 12 §. 2 D. de publ. act. (6, 2). Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre I. §. 45. 48, Puchta, Cursus der Inst. II. §. 239 Note aaa. (Dagegen: Schmid, Handb. §. 14 Anm. 9, Böcking II. §. 145 Anm. 29, Windscheid §. 182 Anm. 5, Keller §. 132 Anm. 25, Arndts §. 462 Anm. 1. R.)

e) Nov. 111 c. 1, Nov. 131 c. 6, cap. 8 X. de praescr. (2, 26). Die Behauptung Vangerow's (Leitfaden §. 317): „durch das can. R. ist dieß auf bewegliche Sachen ausgedehnt, vgl. c. 4 X. de praescr.: nam rom. ecclesia triennalem (sic) praescriptionem contra ecclesiam non admittit“ — beruht auf dem Druckfehler triennalem statt tricennalem. (Von ihm selbst berichtigt in der 6. Auflage. R.)

net werden[f]); f) unbewegliches Eigenthum der Minderjährigen[g]). — Das Vitium, welches in dem Eigenthum einer gewissen Person seinen Grund hat, wird dadurch getilgt, und die Sache usucapionsfähig, daß sie aufhört, einer solchen Person zu gehören[h]).

2) Res furtivae, nach den Zwölf Tafeln und der Lex Atinia[i]).

---

f) L. 30 C. de iure dot. (5, 12).

g) Es ist eine höchst bestrittene Frage, ob Sachen der Minderjährigen schlechthin (also abgesehen von dem unten Num. 7 vorkommenden Fall) der ordentlichen Ersitzung entzogen seyen. Dagegen sind z. B. Göschen, Vorlesungen §. 255, Vangerow, Leitfaden §. 317 (Sintenis, Civilrecht S. 500. 501. R.), dafür unter vielen anderen Unterholzner, Verjährungsl. I. §. 35, Mühlenbruch, Lehrbuch d. Pand. R. §. 261 Note 7, Arndts, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XX. 11 (1844), Böcking, Pand. §. 145 Note 31. (Schmid §. 14 Anm. 10, Stephan im Archiv für civ. Praxis XXXIV. 16, Schirmer zu Unterholzner I. §. 35, Windscheid §. 182 Anm. 11, Arndts §. 162 Anm. 1, welcher noch L. 30 C. de iur. dot. (5, 12) hieher zieht, worin die „temporalis exceptio sive per usucapionem inducta, sive per decem vel viginti annorum curricula .... introducta“ im weiteren Sinn verstanden wird. R.) Die letztere Ansicht gründet sich auf L. 5 C. in quib. c. in int. rest. nec non est (2, 41), worin Justinian den Lauf jeder temporalis praescriptio unter 30 Jahren gegen Minderjährige ausschließt, verbunden mit L. 3 C. quib. non obiic. l. t. p. (7, 35), worin Diocletian und Maximian rescribiren, daß die Zeit der longi temporis praescriptio erst von erreichter Volljährigkeit des Eigenthümers laufe. Für die erste Meinung beruft man sich auf die zahlreichen Pandektenstellen, welche die Möglichkeit der Usucapion von Sachen der Unmündigen (und damit natürlich um so mehr der Minderjährigen) direct oder indirect aussprechen — s. z. B. L. 2 D. de eo qui pro tut. (27, 5), L. 4 §. 11 D. de usurp. (41, 3), L. 2 §. 15, L. 7 §. 3 D. pro emt. (41, 4), L. 33 D. de furt. (47, 2) — so wie auf L. un. C. si adv. usuc. (2, 36), worin Diocletian und Maximian den Minderjährigen gegen die Usucapion Restitution zuerkennen, die ohne die Möglichkeit der Usucapion nicht denkbar wäre. Man führt ferner an die Unwahrscheinlichkeit, daß dieser ganze Inhalt der Digesten und des Codex durch die scheinbar allgemeine Aeußerung jenes justinianischen Gesetzes zur Antiquität gemacht werden sollte. Dieses Bedenken hat auch der scharfsinnige neueste Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht nicht völlig zu entfernen vermocht. Ich glaube jetzt, daß wir auf diesen Punkt den regelmäßigen Sprachgebrauch der justinianischen Legislation (§. 155) in Anwendung bringen dürfen, wodurch jedes Bedenken verschwindet, und halte daher für die Ersitzung beweglicher Sachen („usucapio“) die erste, für die unbeweglicher Sachen („l. t. praescriptio“) die zweite Meinung für richtig. (Das praktische Interesse der Differenz ist nicht erheblich, theils wegen der Restitution, theils wegen des Veräußerungsverbots Note v, die auch bey Mobilien eintreten würden. R.) — Ein (aus der Vermengung der Usucapion mit der Klagverjährung geflossener) Irrthum ist es, die Sachen der Unmündigen wegen L. 3 C. de praescr. XXX ann. (7, 39) für usucapionsunfähig zu halten. Mit Unrecht hat man ferner hieher gezogen den Fall, der Adventitien, der unter Num. 7 gehört, und eben so ungegründet ist die Meinung, daß die Sachen der Wahnsinnigen usucapionsunfähig seyen.

h) L. 24 §. 1 D. de usuc. (41, 3).

i) §. 2 I. de usuc. (2, 6). (Schirmer, Grundidee d. Usuc. §. 3 ff. R.) Die Erzeugnisse der gestohlenen Sachen sind nicht schon als solche res furtivae, erst die

Das Vitium wird getilgt, die gestohlene Sache usucapionsfähig, sowie sie in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen ist[k]). Darum entsteht das Vitium nicht, wenn der Eigenthümer selbst den Diebstahl an der Sache (z. B. gegen den Pfandgläubiger, den Usufructuar, den bonae fidei possessor) begeht[l]). In der Gewalt des Eigenthümers aber ist sie, a) wenn er den Besitz der Sache als der seinigen (also nicht etwa ohne sie als die seinige, ihm entwendete zu erkennen) und nicht auf eine Weise überkommt, die einem Anderen ein Rechtsmittel giebt, womit er ihm denselben wieder entziehen kann[m]); b) wenn er in der Lage ist, die Sache vindiciren zu können, also es nur von ihm abhängt, sie wieder zu bekommen[n]).

3) Res vi possessae nach der Lex Julia und Plautia (was sich besonders auf Grundstücke bezieht, die nicht res furtivae seyn können); nicht schon die gewaltsame Entziehung des Besitzes ist hinreichend, der

---

Perception durch den Dieb macht sie dazu, L. 4 §. 19 D. de usurp. (41, 3), bey Thieren (und Sclaven) aber auch schon die Conception, L. 33 pr. eod., L. 48 §. 5 D. de furt. (47, 2). Dagegen macht der gestohlene Stoff die daraus verfertigte Sache zur furtiva, L. 4 §. 20 D. de usurp., vgl. §. 154 Note h.

k) Nicht des Bestohlenen, der nicht Eigenthümer ist, denn zu Gunsten des Eigenthümers ist das Usucapionsverbot gegeben, L. 4 §. 6 D. de usurp. (41, 3). Wegen L. 49 eod. s. Note l.

l) L. 4 §. 21 eod., L. 20 §. 1 D. de furt. (47, 2). L. 6 C. de usuc. pro emt. (7, 26), die das Gegentheil zu sagen scheint, spricht von dem verpfändenden Nichteigenthümer, und eben so läßt sich L. 49 D. de usurp. verstehen.

m) L. 4 §. 12 eod. Auch durch Stellvertreter kann der Eigenthümer die Gewalt über die Sache erlangen, worüber die Grundsätze von dem Besitzerwerb durch Stellvertreter gelten, nur daß er, wenn er von dem geschehenen Diebstahl Kenntniß hatte, immer auch von der Wiedererlangung der Sache Kenntniß haben muß, auch wo diese Kenntniß zur Erwerbung des Besitzes nicht nöthig wäre, L. 4 §. 7—11, L. 41 eod. (In L. 4 §. 7 emendirt Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß, N. F. II. 6. 1 [1847] officit für sufficit. Dagegen Schirmer S. 158, Pagenstecher S. 269, Vangerow §. 317 S. 586, Windscheid §. 182 Anm. 10 erklären. Vorher ist zu lesen: videri eam in potestatem meam redisse: commodius dicitur, etiamsi sciero redisse eam in meam potestatem. R.) Wenn der Nichteigenthümer verpfändet hat, und dem Pfandgläubiger die Sache entwendet, so tilgt die Rückkehr der Sache zu diesem das Vitium; dem wahren Eigenthümer ist es hier Gewinn genug, daß die Usucapion vorübergehend ausgeschlossen war, seine Lage wurde durch jenen Diebstahl nicht verschlechtert. So ist zu verstehen L. 49 eod. vgl. Note k. (Anders Huschke, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV. S. 257 f.: durch Entwendung des verpfändenden wahren Eigenthümers entstehe kein Vitium. Schirmer zu Unterholzner S. 191 f.: Entwendung einer Hypothek durch den verpfändenden wahren Eigenthümer. Dagegen Arndts §. 162 Anm. 2 b. R.)

n) L. 215 D. de V. S. (50, 16), L. 4 §. 13. 14 D. de usurp. (41, 3).

Dejicient muß selbst in den Besitz gekommen seyn[o]). Das Vitium wird getilgt wie bei der res furtiva[p]).

4) Sachen, besonders Grundstücke, bey denen diese Handlung kein Furtum ist, die ein malae fidei possessor ohne Wissen des Eigenthümers, oder ohne daß dieser sein Eigenthum kennt, veräußert[q]). Das Hinderniß gilt nach dem Geist der Verordnung nicht blos für den, welcher die Sache unmittelbar durch diese Veräußerung erhalten hat, sondern auch für einen folgenden Erwerber, so lange das Vitium nicht getilgt ist, getilgt aber wird es dadurch, daß der Eigenthümer Kenntniß von der Veräußerung und seinem Recht an der Sache erhält.

5) Sachen, die einem Beamten gegen die lex Iulia repetundarum, also um dadurch rechtswidrig auf seine amtlichen Functionen einzuwirken, gegeben sind; das Vitium wird getilgt wie bey den res furtivae[r]).

6) Gränzen, d. h. bey dem Gränzstreit mit der actio finium regundorum soll die Behauptung des Eigenthums an dem bestrittenen Stück nicht durch einen zehn- oder zwanzigjährigen Usucapionsbesitz begründet werden können[s]).

7) Wenn die Veräußerung einer Sache durch Gesetz verboten ist, so liegt darin insoweit ein Usucapionshinderniß, als eine von dem durch das Verbot Beschränkten zugelassene Usucapion auch eine Veräußerung, also wie eine andere nichtig ist. Eine solche Zulassung ist es, wenn der Beschränkte die Sache weggiebt, und hier ist sowohl die Usucapion des unmittelbaren als eines weiteren Empfängers ausgeschlossen, auch wenn der gesetzwidrige Veräußerer von dem Besitz dieser letzten keine specielle Kenntniß hat[t]). Einzelne Fälle: a) Adventitien der in väterlicher Gewalt Befindlichen[u]); b) Sachen der Bevor-

---

o) L. 4 §. 22. 23, L. 33 §. 2 eod.

p) L. 86 D. de furt. (47, 2), L. 6 D. vi bon. rapt. (47, 8).

q) Nov. 119 c. 7.

r) L. 8 D. de L. Iul. repet. (48, 11), L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

s) L. 6 C. fin. regund. (3, 39). Ueber die Geschichte dieses Rechtssatzes s. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 234, vgl. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. X. 7. (Schriften der röm. Feldmesser 1852. 2. S. 433 ff. Karlowa, Beiträge zur Gesch. des röm. Civilproc. (1865) S. 141—162. R.)

t) L. 28 pr. D. de V. S. (50, 16), L. 12 §. 4 D. de publ. act. (6, 2), vgl. L. 9 §. 5 eod.

u) L. 1 C. de bon. mat. (6, 60), L. 4 C. de bon. qu. lib. (6, 61), L. 1 §. 2 C. de annal. exc. (7, 40). Die Unstatthaftigkeit der ordentlichen Ersitzung fällt in Beziehung auf die von dem Vater veräußerten Sachen nicht weg durch die Befreiung der Eigenthümer von der väterlichen Gewalt, Nov. 22 c. 24; die Novelle spricht zunächst nur von gewissen Adventitien (den lucra nuptialia), aber es ist kein Grund

mundeten, die nicht ohne Decret veräußert werden können[v]); c) Dotalgrundstücke, deren Veräußerung dem Mann entzogen ist[w]): res litigiosae[x]); e) vermachte Sachen, die der Erbe, des Vermächtnisses bewußt, veräußert[y]).

Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung[a]).

§. 159.

Als außerordentliche Ersitzung kann die von Justinian auf dem Grund der dreißigjährigen Klagverjährung eingeführte bezeichnet werden, die durch die Gestaltung ihrer Erfordernisse als Supplement zur ordentlichen sich verhält[b]). Sie fordert nur 1) bona fides ohne iustus titulus, also die bloße Meinung, Eigenthümer zu seyn, ohne daß auf ihre Entstehung und Begründung etwas ankommt[c]), 2) Fortsetzung des Besitzes die gesetzliche Zeit hindurch. Diese Zeit ist (für bewegliche und unbewegliche Sachen) regelmäßig dreißig Jahre, aber der Ursprung dieser Ersitzung aus der Klagverjährung hat den Einfluß, daß in den Fällen, wo diese auf vierzig oder mehr Jahre gesetzt ist, auch

vorhanden, ihre Vorschrift auf diesen speciellen Fall zu beschränken. (Dagegen: Vangerow §. 317 S. 585. R.)

v) Darauf ist zu beziehen L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1).

w) L. 16 D. de Fundo dot. (23, 5).

x) Anders, wenn der Besitzer veräußert hat, nachdem der Kläger den Streit liegen gelassen hat, L. 1 C. de pr. longi temp. (7, 33).

y) L. 3 §. 2. 3 C. comm. de leg. (6, 43).

a) Vgl. Fritz: Sind die Erford. der s. g. auß. Eigenthumserf. nach den Regeln zu bestimmen, die von der ordentl. E. gelten, oder nach denjenigen, die von der Klagenverjährung gelten, Zeitschr. für Civilr. III. 23 (1830).

b) L. 8 §. 1 C. de pr. XXX ann. (7, 39): Quod si quis eam rem desierit possidere, cuius dominus vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione XXX vel XL annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam rem adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat, si vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum ab iniusto detentatore eam vindicare, non obstante ei, quod prior possessor XXX vel XL annorum exceptione eum removerat, nisi ipse iniustus possessor XXX vel XL annorum ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus sit. L. un. C. de usuc. transf. (§. 155 Note d).

c) Bestritten in Beziehung auf den Rechtsirrthum Savigny III. S. 371 Anm. 1. Dagegen: Vangerow §. 325, v. Scheurl, Beitr. II. S. 80, Böcking II. §. 149. Vgl. Seuffert's Archiv XI. 17. XV. 3. R.)

jene gleicher Weise sich verlängert[d]); eben so ist sie ausgeschlossen in den Fällen, wo die dreißig- ꝛc. jährige Klagverjährung nicht Statt findet[e]). Die der ordentlichen Usucapion entzogenen Sachen (§. 158) sind darum nicht auch der außerordentlichen entnommen[f]).

Unterbrechung der Ersitzung.

§. 160.

Die Ersitzung wird unterbrochen (usurpatio) durch den Wegfall eines als dauernd vorausgesetzten Erfordernisses[a]): 1) der Eigenthumsfähigkeit; 2) der Usucapionsfähigkeit[b]); 3) der bona fides (nach canonischem Recht §. 157 Note f); 4) des Besitzes[c]). Ausnahmsweise

---

d) S. §. 91.

e) Die einzelnen Fälle §. 90 Nr. 3. Gegen Ehefrauen hinsichtlich veräußerter Dotalgrundstücke und der ipso iure an sie zurückfallenden Sachen beginnt auch die außerordentliche Ersitzung erst von der Zeit an, wo sie die Dotalforderung haben, L. 30 C. de iure dot. (5, 12).

f) Eine Ausnahme macht der Wortlaut der C. C. C. 209 bey gestohlenen Sachen: „Und kann an solcher gestohlener und geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Geweer erseſſen werden —". Drey Ansichten sind möglich: 1) die Carolina hat alle res furtivae, 2) sie hat nur die ihrem Begriff von Diebstahl (der enger ist als der römische) gemäß gestohlenen Sachen der außerordentlichen Ersitzung entzogen (s. z. B. Göschen, Vorlesungen §. 263), 3) sie hat überall nicht die Absicht gehabt, das römische Recht zu modificiren, und die angeführten Worte sind daher nicht auf die außerordentliche Ersitzung zu beziehen (s. z. B. Unterholzner, Verjährungsl. I. §. 60). Diese letzte Ansicht war von Anfang unter den deutschen Juristen die herrschende, und es ist kein hinreichender Grund vorhanden, davon abzugehen.

a) Die Wirkung der Unterbrechung ist, daß die bisherige Dauer des Besitzes nicht mehr in Anschlag kommt, und daß die Ersitzung ganz von neuem wieder beginnen muß, wenn sie Statt finden soll. Etwas anderes ist es, wenn blos eine gewisse Zeit in die Usucapionszeit nicht eingerechnet wird, so daß ein Stillstand der Ersitzung während derselben eintritt (s. g. praescriptio dormiens). Dieß geschieht, wenn nach begonnener Usucapion die Sache einen Eigenthümer erhält, gegen den jene nicht zulässig ist (§. 158 Nr. 1). Die Fälle aber der ruhenden Klagverjährung (§. 90 Nr. 3) auf die (ordentliche) Ersitzung auszudehnen, ist ein Irrthum, der sich von der ungehörigen Vermengung dieser beiden wesentlich verschiedenen Institute herschreibt (§. 73 a. E.).

b) Dieser Unterbrechungsgrund ist nach dem bestehenden Recht ohne praktische Wichtigkeit. Ausgenommen nämlich ist die Usucapionsfähigkeit wegen Vorrechts des Eigenthümers (Note a). Die anderen Vitia aber (§. 158), soweit sie nach begonnener Usucapion eintreten können, sind zugleich mit einer Besitzunterbrechung verbunden. Dieß gilt auch von der Eigenthumsfähigkeit; fällt diese weg, so wird auch der juristische Besitz verloren (§. 128 a. E.).

c) L. 2 D. de usurp. (41, 3), L. 5 eod.: Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur, vel alicui res eripitur, quo casu non ad-

wird die Usucapion nicht unterbrochen durch den Besitz des Pfandgläubigers (§. 129 Note b), und dasselbe ist von dem des Emphyteuta zu behaupten, ferner durch den des Precaristen, wenn die Restitution wieder erfolgt ist (§. 156 Note k). Keine Ausnahme dagegen ist es, daß die Usucapion fortdauert, wenn der Besitzer die Sache zum äußerlichen Theil einer anderen von ihm besessenen macht, der Besitz geht dadurch nicht verloren [d]).

Man hat von einer s. g. civilis interruptio durch Litiscontestation (ja in durchgeführter Consequenz der Vermischung von Klagverjährung und Ersitzung auch wohl schon durch Citation des Beklagten) gesprochen [e]); dieß ist unrichtig, nur unschädlich wird dadurch die nachher vollendete Usucapion, was freilich factisch der Unterbrechung gleichsteht [f]).

---

versus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes, nec eo casu quidquam interest, is qui usurpaverit, dominus sit necne. Ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex causa lucrativa.

d) L. 30 §. 1 eod. S. §. 128 Note e. Man hat für die Meinung, wenigstens in dem Fall der Einfügung von Baumaterialien in ein Haus werde die Usucapion unterbrochen, L. 7 §. 11 D. de adqu. dom. (41, 1) und L. 23 pr. §. 2 D. de usurp. (41, 3) angeführt, allein die Stellen sprechen von dem, der das Haus, wie es ist, in Besitz genommen hat, und daher nicht die einzelnen Theile besitzt, §. 128 Note d. Wer ein Haus besitzt, besitzt und usucapirt nicht die einzelnen Theile. stürzt das Haus vor der Vollendung der Usucapion ein, so beginnt eine neue Usucapion der Materialien. Einer besonderen Entscheidung bedarf aber noch die Frage nach dem Eigenthum der Materialien, wenn die Usucapion des Hauses vollendet ist. Waren sie im Eigenthum des Hauseigenthümers, so tritt auch durch die Usucapion des Hauses keine Trennung des Eigenthums ein, Eigenthum des Hauses und der Materialien gehen auf den Usucapienten über. Savigny, R. des Besitzes S. LXVIII ff. (7. Aufl. S. 272 f. Vgl. noch Windscheid §. 182 Anm. 10, welcher die Schwierigkeit umgeht, indem er auf die actio de tigno iuncto als Ersatz für die entzogene Vindication verweist. R.)

e) Mehrere Juristen, die dieß verwerfen, haben wenigstens die in L. 2 C. de ann. exc. (7, 40) eingeführte Protestation als Civilunterbrechung angenommen (z. B. Göschen, Vorles. II. §. 266, Vangerow, Leitf. §. 323). Aber die Protestation soll nur die Litiscontestation vertreten und keine höhere Wirkung haben als diese.

f) L. 17 in f. 18. 21 D. de R. V. (6, 1), L. 2 §. 21 D. pro emt. (41, 4), L. 26 C. de R. V. (3, 32), L. 10 C. de adqu. poss. (7, 32), L. 10 C. de praescr. l. t. (7, 33). (cf. Fragm. vat. 12: usucapio frustra complebitur anticipata lite. R.) Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 239. — Wenn übrigens in einigen späteren Gesetzen Ausdrücke vorkommen, die einer Unterbrechung entsprechen würden (z. B. L. 2 C. ubi in rem [3, 19], L. 1. 2 C. de praescr. longi temp. [7, 33], L. 2 C. de ann. exc. [7, 40]. R.), so ist dieß um so weniger auffallend, als die Interpellation dem interpellirenden Eigenthümer gegenüber den Effect einer Unterbrechung hat. Vgl. L. 2 §. 21 D. pro emt. (41, 4). Auf Grund dieser Stellen nehmen Stephan, Archiv für civ. Pr. XXXIV. 8, Wächter, Erört. III. S. 99 f., Windscheid §. 180 Anm. 7. 8 eine eigentliche Unterbrechung der Ersitzung durch Klagerhebung und was ihr gleich steht, an. Das praktische Interesse findet man in der 40jährigen

Beweis der Ersitzung.

§. 161.

Wer sich auf Usucapion beruft, hat 1) bey jeder Usucapion die Fortsetzung des Besitzes die gesetzliche Zeit hindurch zu beweisen; dieß geschieht durch den Beweis des Besitzes an zwey Zeitpunkten, deren Zwischenraum nicht weniger als die Usucapionszeit beträgt; 2) bey der ordentlichen Usucapion überdieß den Titel oder was seine Stelle vertritt[a]); die bona fides braucht nicht bewiesen zu werden[b]).

3. Eigenthumserwerb durch Verbindung[a]).

§. 162.

Ein Eigenthumserwerb kann die Wirkung der Verbindung seyn, in welche eine Sache mit einer anderen Sache tritt. Die allgemeine Voraussetzung des Erwerbs ist eine Verbindung von der Innigkeit, daß dadurch die Sache ihr bisheriges abgesondertes, selbstständiges Daseyn unwiderruflich verliert. Ist dieses der Fall, so gestaltet sich der Eigenthumserwerb verschieden, je nachdem die beiden verbundenen Sachen in gleichem Verhältniß zu einander stehen, oder in dem Verhältniß von Neben- und Hauptsache (Accessionsverhältniß).

a. Verbindung ohne Accession.

§. 163.

Wenn Sachen verschiedener Eigenthümer in Folge einer Uebereinkunft unter ihnen vermischt werden, so tritt an die Stelle des bisherigen abgesonderten Eigenthums Miteigenthum, der Grund dieser Eigenthumsveränderung aber ist die Uebereinkunft. Außer diesem Fall

Verjährung der Litispendenz, wenn der Proceß liegen bleibt. Allein auch diese beschränkt sich auf den Rechtsstreit unter denselben Parteien. Vgl. Arndts §. 165 Anm. 2. R.)

a) L. 13 §. 2 D. de publ. act. (6, 2).

b) Es ist gewöhnlich, noch besonders von den Wirkungen der Usucapion zu handeln. Man versteht darunter den Umstand, daß sie unter gewissen Voraussetzungen die Aufhebung von iura in re, namentlich des Pfandrechts zur Folge haben kann. Aber dieser Erfolg ist nur ein möglicher Begleiter, nicht eine Wirkung der Ersitzung der Sache, er gehört einem von dieser verschiedenen, und nur zufällig mit ihr coincidirenden Institut an. Die wahre Wirkung des Instituts, von dem hier die Rede ist, liegt darin, daß es originäre Erwerbung des Eigenthums ist, diese aber ist durch die systematische Stellung desselben gegeben und bedarf keiner besonderen Erörterung.

a) S. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 242. (Böcking II. §. 152, Arndts, Anm. zu §. 152, Fitting, Archiv für civ. Pr. XLVIII. 1. 7. 13 (1865). R.)

tritt dieselbe Folge schon durch die Vermischung selbst ein, wenn die beiden Sachen unscheidbar sind, vorausgesetzt, daß sie nicht eine Specification ist, und damit die ganze Masse dem Specificanten zufällt[a]). Anders, wenn die Sachen scheidbar sind (sey es, daß gar keine körperliche Cohärenz eingetreten ist, z. B. bey vermischtem Getreide, oder daß sie der Wiederherstellung der abgesonderten Existenz nicht entgegensteht, z. B. bey Vermischung verschiedener Metalle), hier verändert die bloße Vermischung das Eigenthum nicht, es tritt weder Communio, noch die Wirkung der Specification ein[b]). Vermischung von Geldstücken wird, wenn sie nicht mehr erkennbar sind, als eine unscheidbare, und überdieß die hinzugekommenen als Accession von dem Geld des Besitzers, unter das sie gemischt sind, also dieser als ihr Eigenthümer behandelt[c]).

b. Accession*).

§. 164.

Wenn die Verbindung zweyer Sachen den Charakter der Accession hat, so wird das Eigenthum an der Hauptsache nie aufgehoben oder

a) §. 27 I. de rer. div. (2, 1), L. 3 §. 2, L. 4. 5 §. 1 D. de R. V. (6, 1), L. 7 §. 8. 9, L. 27 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1).

b) §. 28 I. de rer. div. (2, 1), L. 5 pr. §. 1 D. de R. V. (6, 1), L. 12 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1). Die letzteren Stellen schließen entschieden den Erwerb durch Specification aus, seine Zulassung wäre in der That eine von der allgemeinen Voraussetzung dieser Erwerbung abweichende Singularität, dessen ungeachtet glauben manche, diese Ausnahme von der Regel machen zu müssen wegen §. 25 I. de rer. div.: Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit — — et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum qui fecerit. — Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit. Die Stelle sagt nur, daß in diesem letzten Fall, wo der Specificant Arbeit und Stoff hinzugethan habe, die Richtigkeit der recipirten Ansicht nicht zu bezweifeln, vielleicht auch nie bezweifelt worden sey. (Vgl. Vangerow 7. Aufl. I. §. 310 Nr. 1. Anders Fitting S. 318 unter Hinweisung auf Theophilus, Arndts §. 155 Anm. 3, der das Erforderniß der bona fides für den Fall der Nichtrückführbarkeit aufgiebt, Windscheid 2. Aufl. §. 187 Note 4. R.)

c) L. 78 D. de solut. (46, 3). (Vgl. Böcking, Pand. II. §. 155 Note 13 und besonders Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes 1868. S. 20—32, welcher auf die Verwandtschaft mit dem Eigenthumsschutz des ältern Mobiliarbesitzes, Bruns in Bekker's Jahrbuch 4. 1. S. 32. 78 f., hinweist. R.)

*) (Gegen die Vermischung der verschiedenen Rechtssätze, welche unter dieser

in seiner Wirkung gehemmt[a]). Die Vindication des Eigenthümers der Accession muß im Fall einer körperlichen Cohärenz durch Trennung vermittelt werden[b]), und ist die Verbindung eine integrirende, so verliert er Eigenthum und Vindication gänzlich, er ist auf eine Entschädigungsforderung beschränkt[c]); hier also enthält die Accession einen Eigenthumserwerb für den Eigenthümer der Hauptsache.

Als Hauptsache aber ist unter beweglichen Sachen die zu betrachten, für welche die andere bestimmt und um deren willen sie vorhanden ist[d]), so das Gemälde gegenüber der Tafel oder Leinwand (wenn nicht etwa jenes seinem Zweck nach nur Verzierung des Grundes ist[e]), ferner die Schrift gegenüber dem Papier ꝛc., hier aber ist im römischen Recht die entgegengesetzte Meinung recipirt[f]), dagegen das Gewebe gegenüber der eingewebten Verzierung[g]). Aushülfsweise entscheidet der Umfang und Werth, so bey der Zusammenschweißung der Metallmassen[h]), und bey dem Schiff soll der Kiel alles übrige nach sich ziehen[i]).

Wenn eine von beiden Sachen eine unbewegliche ist, so erfolgt eine Eigenthumsveränderung nur, wenn die andere integrirender Theil des Grundstücks, also res soli, und eben darum Accession der unbeweglichen geworden ist. Hier ist mithin immer die unbewegliche die

---

Rubrik zusammengefaßt zu werden pflegten vgl. Bechmann, zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten. Kieler Programm 1867, Göppert, organische Erzeugnisse S. 87—100. R.)

a) L. 23 §. 2 D. de R. V. (6, 1), L. 26 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1). Ueber das Hinzukommen zu einem Ganzen getrennter Sachen, L. 1 §. 3, L. 2. 3 D. de R V.

b) S. §. 169.

c) L. 5 §. 3, L. 23 §. 4. 5 eod., L. 9 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1), vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 242 Note x.

d) S. §. 37 Note l.

e) L. 9 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1), §. 34 I. de rer. div. (2, 1), L. 39 §. 1 D. de H. P. (5, 3). (Bey dem Daguerreotypbilde ist die Silberplatte die Hauptsache: Madai, Archiv für die civ. Praxis XXVI. 8 Nr. II [1843]. Seuffert's Archiv IX. 127 vgl. mit XIII. 129. Dagegen: Arndts in den Heidelb. krit. Jahrb. XIII. S. 819 f., Dankwardt, Nationalöconomie und Jpr. I. S. 35 f., welche die Grundsätze der Specification anwenden wollen. R.)

f) L. 9 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1), §. 33 I. de rer. div. (2, 1).

g) §. 26 I. eod.

h) L. 27 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1), vgl. L. 23 §. 5 D. de R. V. (6, 1).

i) L. 61 eod.

Hauptsache. Einzelne Fälle sind: avulsio[k]) plantatio[l]), inaedificatio[m]).

§. 165.

Eine eigenthümliche Veranlassung zu dem Eigenthumserwerb durch Accession tritt ein bey Grundstücken, die an einem öffentlichen Gewässer liegen. Das Bette eines öffentlichen Flusses ist durch den Fluß res publica, und dadurch den anliegenden Grundstücken, als deren Fortsetzung es außerdem zu betrachten ist, entzogen. Diese Eigenschaft tritt hervor, und es fällt daher ins Eigenthum der Anlieger so wie es aufhört, Bette des Flusses zu seyn, ganz (alvei mutatio)[n]), oder theilweise (insula nata)[o]). Eben so läßt sich das allmälige und unmerkliche Anspülen von Land (alluvio) betrachten[p]). Die Beschränkungen dieser Accessionen auf agri arcifinii, ihre Ausschließung bey agri limitati[q]), ist mit diesem Unterschied selbst antiquirt.

k) L. 7 §. 2 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 9 §. 2 D. de damno inf. (39, 2).

l) Es kommt auf zwey Punkte an: 1) wo die Pflanze steht, 2) daß sie Wurzeln geschlagen habe; ad 1 f. L. 6 §. 2 D. arbor. furtim caes. (47, 7), L. 19 pr. D. comm. div. (10, 3), L. 83 D. pro soc. (17, 2), L. I D. de adqu. dom. (41, 1), ad 2 f. L. 7 §. 13, L. 9 pr. eod., §. 31. 32 I. de rer. div. (2, 1).

m) Unbewegliches Gebäude, L. 60 D. de adqu. dom. (41, 1). Eigenthum an dem Ganzen, L. 28 eod., §. 29. 30 I. de rer. div. (2, 1), L. 16 C. de R. V. (3, 32); Eigenthum an dem Material? L. 23 §. 7 D. eod. (6, 1), L. 7 §. 2 D. de exc. rei iud. (44, 2), §. 29. 30 I. cit., L. 7 §. 10. 11 D. de adqu. dom., L. 7 §. 12 eod.: — si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, — si scit alienum solum esse sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur, itaque nequediruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit — —. L. 2 C. de R. V.: — — si vero fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala aedificinm exstructum sit, si non donandi animo aedificio alieno solo imposita sint. Vgl. §. 171. (Die Unzulänglichkeit vorstehender Bestimmungen des römischen Rechts in legislativer Beziehung ist hervorgehoben von Arndts in den Hdlb. krit. Jahrb. XII. S. 818—822. Pand. §. 152 Anm. R.)

n) L. 7 §. 5, L. 30 §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 1 §. 7 D. de flumin. (43, 12).

o) L. 7 §. 3. 4, L. 29. 30 §. 2, L. 56. 65 §. 2. 3 D. de adqu. dom. (41, 1), (L. 65 §. 4 eod.: Labeo libro eodem: Si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Vgl. Schulting-Smallenburg ad h. l.), L. 1 §. 6 D. de flumin. (43, 12).

p) L. 7 §. 1, L. 12 pr. D. de adqu. dom. (41, 1). Cod. VII. 41: de alluvionibus etc.

q) L. 16 D. de adqu. dom., L. 1 §. 6. 7 D. de flumin. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 242 z bis ee. (Rudorff, gromatische Institutionen, in den Schriften der röm. Feldmesser II. S. 452. Vgl. Seuffert's Archiv X. S. 228. R.)

4. Erwerb der Erzeugnisse.

§. 166.

Eigenthümer des Erzeugnisses ist der, welcher im Augenblick der Separation (des Moments, von dem sich die Existenz des Erzeugnisses als selbstständige Sache anhebt) Eigenthümer der erzeugenden Sache war[a]). Aber es giebt Personen, die in Beziehung auf die Erzeugnisse, welche unter den Begriff der Früchte fallen (§. 37), an die Stelle des Eigenthümers treten, und indem sie die Früchte durch Separation erwerben, den Erwerb des Eigenthümers ausschließen[b]). Dieß sind die juristischen Besitzer der Sache, sofern sie ein Recht auf die Früchte haben, wie der Emphyteuta, und der bonae fidei possessor[c]).

Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor ist so gestaltet[d]). Er steht dem bonae fidei possessor zu (Usucapionsbesitz schlechthin

---

a) §. 19 I. de rer. div. (2, 1), L. 29 §. 1 D. de pign. (20, 1), L. 2. 6 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 5 §. 2 D. de R. V.: Si eqnam meam equus tuus praegnantem fecerit, non esse tunm, sed meum, quod natum est. L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1): — in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, qnam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur et ideo nemo unquam dubitavit, qnin si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret.

b) Dahin gehören nicht die Personen, die erst durch Perception Eigenthümer der Früchte werden, deren Erwerb also einen vorangehenden des Eigenthümers nicht ausschließt §. 150.

c) L. 25 §. 1 D. de usur. (22, 1): — bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id inris habet, quod dominis praediorum tributum est. — — cum fructuarii quidem non fiant antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructns fiunt simulatque solo separati sunt. (Der Emphyteuta, welcher nur Rechtsbesitz hat, aber auch ohne diesen die Früchte erwirbt, gehört überall nicht hierher, vgl. oben §. 150. R.)

d) Die verschiedenen Meinungen darüber theilen sich in zwey Hauptclassen: 1) der Besitzer erwirbt durch die Separation nur den Usucapionsbesitz der Früchte, der Eigenthumserwerb hat noch weitere Voraussetzungen, Savigny, R. d. Besitzes §. 22 a. (Windscheid, Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. N. F. IV. 3 [1847], Göppert, die organischen Erzeugnisse S. 320 f. R.); 2) er erwirbt durch die Separation das Eigenthum, dies ist die ältere und herrschende Ansicht, vertheidigt unter Anderen von Unterholzner, Archiv für civ. Pr. VIII. 13 (1825), Backe, b. f. poss. quemadmodum fructus suos faciat, 1825. Innerhalb derselben sind die Meinungen über Umfang und Modificationen des Erwerbs wieder verschieden, vgl. Göschen, Vorlesungen II. §. 282, Puchta, Curs. der Inst. II. §. 242 nn—ww. Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XVIII. 7. (Neuerdings ist jedoch die Ansicht Savigny's durch Windscheid und Göppert so strenge erwiesen, wie Savigny

ist weder hinreichend noch nothwendig)[e]), er geschieht durch Separation[f]), er bezieht sich nur auf die Früchte, nicht auf alle Erzeugnisse[g]), an jenen giebt er aber sofort das Eigenthum[h]), nur befreit dieses nicht

selbst (Besitz §. 22 a) schon 1803 dies als thunlich behauptet hatte. Das Rechtsverhältniß des b. f. possessor an den Früchten ist also kein Eigenthum (Göppert S. 320—344), sondern zunächst nur Usucapionsbesitz und Publiciana an den von ihm selbst percipirten Früchten (S. 347—350), der sich erst durch die Usucapion in Eigenthum verwandelt (fructus perceptos suos facit). Früchte, welche von dritten percipirt sind, kann er einklagen (fructus separati eius fiunt). Consumirte Früchte werden bei ihm nicht condizirt (fructus consumptos suos facit) S. 362. Die Restitutionspflicht [§. 170 u—w, vgl. §. 517 b] erscheint nämlich gerade bey consumirten Früchten besonders drückend, weil deren Restitution nur in baarem Geld möglich ist. Vgl. Böcking, Pand. II. §. 155 (1855), Keller, Pand. §. 143 (1861). Früchte, welche er veräußert hat, können bey dem Erwerber nicht vindicirt werden, denn sonst würde jenes fructus consumptos suos facit durch die Regreßklage des dritten Erwerbers rückgängig werden. Ueber den Einfluß der mala fides superveniens besteht zwischen L. 25 §. 2 D. de usur. (22, 1), L. 48 §. 1 D. de A. R. D. (41, 1), L. 23 §. 1 D. eod. und L. 40 D. eodem eine Antinomie. — Einen inneren Zusammenhang des Eigenthumserwerbs des redlichen Besitzers mit der Specification und dem Erwerb durch fremde Sclaven oder freie Menschen, die man in gutem Glauben besitzt, L. 10 §. 3—5, L. 19, L. 21 pr., L. 30, L. 40, L. 43 pr., L. 54 §. 4 D. de adqu. rer. dom. (41, 1), Gai. 2, 92—94, haben zwar von Scheurl, Beitr. I. S. 281. 287 und Dernburg in der Hdlb. krit. Zeitschr. I. S. 145 f. nachzuweisen versucht. Allein der Fruchterwerb beschränkt sich nicht auf die industriales und der Sclavenerwerb hat nach L. 44 pr. D. de usurp. (41, 3) andere Gründe. Das stärkste Gegenargument endlich bleibt die Verletzung der Rechtsconsequenz, welche der Eigenthumserwerb enthalten würde. — Ueber den mißlungenen Versuch von Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers (1862), vgl. Demelius in Pözl's Vierteljahrsschr. IV. S. 300, Arndts in Haimerl's Vierteljahrsschr. IX. Lit. S. 46 f. R.)

e) L. 48 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 48 §. 6 de furt. (47, 2). Dieser Umstand schließt die Savigny'sche Ansicht aus. Anders bey den Erzeugnissen, die nicht Früchte sind, und deren Erwerb Usucapion fordert, L. 33 pr. D. de usurp. (41, 3) von Julian, der übrigens auch bey den Früchten eine abweichende Meinung hatte, L. 25 §. 2 D. de usur. (22, 1). (Ueber das Verhältniß dieser Stelle zu L. 48 §. 1 D. de A. R. D. (41, 1) vgl. v. Scheurl, Beitr. S. 207. 208. R.)

f) L. 13 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 25 §. 1 D. de usur. (Note c.) Aus dem Erforderniß vollständiger Separation erklärt sich L. 4 §. 19 D. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sint. quod verum est.

g) S. Note h. Auf die Industrialfrüchte beschränkt den Eigenthumserwerb irrig Unterholzner a. a. O. Wegen L. 45 D. de usur. (22, 1) s. Note i.

h) L. 28 D. de usur. (22, 1). In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. — L. 48 §. 5. 6. D. de furt. (47, 2): Ancilla

von der Restitutionspflicht gegenüber der Vindication der Sache (§. 170)[i]). Und so ist die Bedeutung dieses Fruchterwerbs die, daß der Eigenthümer der Sache von dem bonae fidei possessor mit der Vindication der Sache selbst auch die separirten Früchte, wenn sie noch vorhanden sind, fordern kann, aber wegen dieser keine besondere Vindication hat, und das heißt eben: nicht er, sondern der b. f. possessor ist Eigenthümer derselben durch die Separation geworden[k]).

IV. Schutz des Eigenthums.

§. 167.

Das Eigenthum wird geltend gemacht gegen den, der es verletzt, 1) mit einer Klage, die verschieden ist theils nach Beschaffenheit der Verletzung — bey totaler Verletzung (Besitzentziehung) Vindication der Sache, bey partieller Vindication der Libertas Rei, Negatoria — theils nach der Begründung: wahre Eigenthumsklage oder Publiciana Actio; 2) mit der Einrede, exceptio dominii, gegen einen Anspruch,

---

si snbripiatur praegnans vel apud furem concepit, partus fnrtivus est, sive apud fnrem edatur sive apud bonae fidei possessorem, sed in hoc posteriori casu furti actio cessat. Sed si concepit apud b. f. possessorem ibique pepererit, eveniet, nt partus fnrtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecndibus servandum est et in foetu eorum, quod in partu. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt, merito, qnia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu.

i) L. 48 pr. D. de adqu. dom. (41, 1): Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia, qnod ad fructus attinet, loco domini paene est. — Einfluß der Arbeit des Besitzers und der Consumtion: L. 45 D. de usnr. (22, 1): Frnctus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo, nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit eius, sicnti nec cniuslibet bonae fidei possessoris, qnia non ex facto eius is fructns nascitur. L. 46 eod.: Qnod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus deminnere debere. §. 35 I. de rer. div. (2, 1): Si quis a non domino, qnem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, qnos percepit, eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus snpervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.

k) (Aus dem Fruchtrecht des b. f. p., nicht aus der Theorie der neuen Sache, ist auch die Usucapionsfähigkeit der separirten Früchte einer res furtiva zu erklären. Göppert, organische Erzeugnisse S. 149—226. R.)

von dem der Eigenthümer als solcher befreit, dessen Erhebung also eine Verletzung des Eigenthums ist[a]).

A. Eigenthumsklagen.

I. Rei vindicatio[a]).

§. 168.

Der Grund der R. V. ist das Eigenthum[b]), dieß ist daher auch der Gegenstand des Beweises, welcher dem Kläger obliegt[c]), Veranlassung der Klage ist die Besitzentziehung, Beklagter ist daher der Besitzer, gleichviel aus welchem Grunde er besitze[d]). Als Besitzer

---

a) Z. B. L. 16. 17 D. de publ. act. (6, 2).

a) Dig. VI. 1, Cod. III. 32: de rei vindicatione. Vgl. Wetzell, der römische Vindicationsproceß, 1845. (Molitor, la possession, la revendication, la publicienne etc. 1851. Schirmer, über die prätorischen Judicialstipulationen mit besonderer Berücksichtigung der cautio iudicatum solvi. 1853. Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts 1857. Schmid, Hdb. §. 15 S. 268—352. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon XII. S. 1—240. R.)

b) L. 23 pr. D. h. t.: In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisivit. Eigenthum zur Zeit der Litiscontestation, L. 23 D. de iud. (5, 1), wenn mit Angabe einer bestimmten Erwerbsart geklagt ist, cap. 3 de sent. et re iud. in VI. (2, 14).

c) Bey einer derivativen Erwerbung daher auch das dominium auctoris, L. 20 pr. §. 1 D. de adqu. dom. (41, 1), welcher Schwierigkeit eine originäre und namentlich die Usucapion (deren vornehmster Zweck dieß ist) überhebt, L. 1 D. de usurp. (§. 155 Note b). Die vorübergehende Wiederaufnahme einer schon im Mittelalter verworfenen Meinung: das dominium auctoris brauche nicht bewiesen zu werden, von Thibaut, Archiv für civ. Praxis VI. 15 (1823), wogegen unter vielen Anderen zu vergleichen sind Unterholzner, daselbst VII. (1824) und v. Falkenstein, das. X. 11 (1827) (und gegen die neuesten Einwürfe von Brinz I. S. 246, Pagenstecher III. S. 143: Vangerow I. §. 332 Anm. 1. — Beweis des Miteigenthums: Arndts im Rhein. Mus. III. 12. R.) — hat einige Schriftsteller zu der großen Verkehrtheit hingerissen, die Existenz einer von der Publiciana verschiedenen Eigenthumsklage ganz zu leugnen, ein Einfall, der in seiner Ausführung und Begründung natürlich noch eine Kette weiterer Abentheuerlichkeiten im seinem Gefolge hat, s. z. B. Henschel, Archiv für civ. Pr. IX. 16 (1826), Kritz, über die Vind. und die Publ. Klage (1831), v. Tigerström, die b. f. possessio (1837). — Die Vorschrift der Nov. 18 c. 10, daß der Besitzer, welcher das Eigenthum des Klägers geleugnet hat, nach dem von diesem geführten Beweis mit keinen Einreden aus einem besonderen Recht weiter gehört, sondern auf eine separate klagweise Ausführung dieses Rechts verwiesen werden soll, hängt wesentlich mit der Einrichtung des damaligen Verfahrens (Note h. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilpr. I. §. 23. R.) zusammen, und fällt mit dieser heutzutage hinweg.

d) L. 9 D. h. t. (6, 1), L. 1 C. ubi in rem actio exerceri debeat (3, 19). (Kori im Archiv für die civ. Praxis XXVII. 8 [1844]. R.) — Laudatio auctoris

fingirt wird, wer 1) liti se obtulit[e]), 2) dolo desiit possidere[f]). Wer ohne Dolus aufgehört hat zu besitzen, haftet der Klage nicht mehr[g]). Ableugnung des Besitzes hat dessen Uebertragung an den Kläger zur Folge[h]). Auf keine Weise kann der Besitzer Kläger seyn[i]).

§. 169.

Gegenstand der Klage, der speciell und möglichst genau von dem Kläger zu bestimmen ist[k]), können nicht blos einfache Sachen, sondern

---

von Seiten des in fremdem Namen Besitzenden, L. 2 C. eod. (Constantin.) Bethmann-Hollweg, Versuche über d. Civilproc. S. 59. Vgl. Vangerow, Leitfaden I. S. 575. — Zeit des Besitzes, L. 27 §. 1, L. 42. 51. 55 D. h. t.

e) L. 25. 26. 27 pr. eod.

f) L. 27 §. 3, L. 36 pr. eod., L. 131 D. de R. I. (50, 17): — pro possessione dolus est. Vgl. L. 20 §. 6, L. 25 §. 8 D. de H. P. (5, 3). — Wenn der Empfänger die Sache usucapirt hat, L. 4 pr. D. de alien. iudicii mut. c. (4, 7). — Durch die Condemnation des fictus wird der verus possessor nicht befreit, L. 7 D. h. t., L. 95 §. 9 D. de solut. (46, 3), vgl. Vangerow, Leitfaden I. S. 577. (Durch das Veräußerungsgebot Nov. 112 c. 1 sind diese Bestimmungen keineswegs außer Kraft gesetzt, wie man behauptet hat [Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXV. S. 444], sondern nur um eine neue, blos den anhängigen Proceß betreffende vermehrt worden. R.)

g) Vgl. L. 27 §. 1 D. h. t. (6, 1). Condictio auf die Bereicherung, L. 23 D. de reb. cred. (12, 1), L. 1 C. de reb. al. non alien. (4, 51).

h) L. 80 D. h. t. (6, 1): In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere, ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit. Vgl. Rudorff, über das interd. quem fundum etc., Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. IX. 2.

i) L. 1 §. 6 D. uti poss. (43, 17), §. 2 I. de action. (4, 6): — — sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Francke, probab. de uno casu etc. 1839. Fritz, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. Neue Folge I. 2 (1844). (Zimmermann, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. [1854] XI. Nr. 8, der an den fictus possessor denkt. Dagegen Fritz a. a. O. XVIII. 21, XIX. 1. Andere Ansichten bey Vangerow I. §. 332 a. E. R.) Man hat die Aeußerung auf die actio confessoria und negatoria beziehen wollen, denen sie aber vielmehr in der Stelle entgegengesetzt wird, oder auf eine angebliche Vindication von Nebenpräßtationen, die noch rückständig sind (Donatii d. de uno casu etc. Theoph. ed. Reitz p. 1222 sqq.), nach L. 27 D. de solut. (46, 3) und ähnlichen Stellen, die aber alle von persönlichen Klagen sprechen. Die Institutionenverfasser meinen L. 3 pr. D. uti possid., vgl. L. 15 §. 4 D. de prec. (43, 26). Puchta, Cursus der Inst. II. §. 232 Note e. (Eben so Witte, das Int. uti possidetis S. 74. Natürlicher ist aber doch die Annahme, daß die Institutionenverfasser in der That nicht den Eigenthums-, sondern den Servitutenstreit meinen. Vgl. Schrader ad h. t. R.)

k) L. 6 D. h. t. (6, 1). Auch bey der Klage aus dem Miteigenthum muß die

auch universitates rerum seyn[l]). Die Sache muß aber eine selbstständige Existenz haben; so lange sie körperlicher Theil einer anderen ist, ist sie (auch wo dadurch das Eigenthum nicht verändert wird) der unmittelbaren Vindication entzogen, diese muß durch die actio ad exhibendum auf Trennung vorbereitet werden[m]). In einem Fall fällt auch dieser Antrag auf Trennung weg, bey einer in ein Haus oder einen Weinberg verbrauchten Sache, deren Trennung Haus oder Weinbau gefährden würde[n]). Der Eigenthümer muß sich, wenn der Besitzer nicht selbst die Trennung vorzieht, mit dem Doppelten des Werths (worauf er die actio de tigno iuncto hat) begnügen[o]), oder die künftige Trennung ohne sein Zuthun abwarten, und auch diese berechtigt ihn noch nicht zur Vindication, wenn sie nur vorübergehend zu sofortiger Wiedereinführung geschah, und durch die Wegnahme dem Haus oder Weinbau Gefahr drohen würde.

§. 170.

Der Kläger fordert die Restitution der Sache cum omni causa[p]). Die Sache restituiren heißt den Kläger zum Besitzer machen[q]); erfolgt die Restitution nicht, aus einem Grund, für den der Beklagte einzustehen hat, so kann der Kläger die Aestimation forbern[r]), deren

---

Quote angegeben werden, nur ausnahmsweise bey einer iusta causa ignorantiae wird eine vindicatio incertae partis zugelassen. L. 3 §. 2, L. 76 §. 1 eod., L. 1 §. ult. D. si pars her. (5, 4), L. 8 §. 1 D. comm. div. (10, 3).

l) L. 1 §. 3, L. 2. 3 pr. D. h. t. (6, 1), L. 2 §. 1 eod.: Armamenta navis singula erunt vindicanda, scapha quoque separatim vindicabitur. L. 56 eod. — Nicht Quantitäten, wie Mühlenbruch (Lehrbuch §. 270) glaubt, welcher Gegenstand der Vindication und Gegenstand der Condemnation verwechselt.

m) L. 23 §. 5 eod., L. 6 D. ad exhib. (10, 4). S. §. 397.

n) Dig. XLVII. 3: de tigno iuncto. L. 23 §. 6 D. de R. V. (6, 1), L. 7 §. 10 D. de adqu. dom. (46, 1). Huschke, ad legem XII tab. de t. i. commentatio 1837.

o) Puchta, über die a. de t. i., Kleine civil. Schriften 1851. S. 392 ff.

p) §. 2 I. de off. iud. (4, 17), L. 17 §. 1 D. h. t. (6, 1), L. 246 §. 1 D. de V. S. (50, 16): Restituit non tantum qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem conditionemque reddita causa praestat, et tota restitutio iuris est interpretatio.

q) L. 22 eod. Ort der Restitution, L. 10—12 D. h. t. (6, 1).

r) L. 68 eod.: Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is quantum adversarius sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Sic vero nec potest restituere, nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, i. e. quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec

Empfang wie eine Abtretung der Sache an den Beklagten, mit Ausnahme dessen, der sich dolose des Besitzes entäußert hat, behandelt wird[s]). Die causa rei besteht in dem, was der Kläger gehabt hätte, wenn er gar nicht zur gerichtlichen Geltendmachung seines Rechts veranlaßt worden wäre[t]). Die Früchte insonderheit hat der malae fidei possessor alle zu restituiren, percepti und percipiendi[u]), der bonae fidei possessor nur die zur Zeit der Litiscontestation vorhandenen, nach der L. C. alle[v]). Die Restitution der causa kann ebenfalls entweder Naturalrestitution (so bey vorhandenen Früchten), oder Leistung der Aestimation seyn; sofern ihr noch ein Hinderniß entgegensteht, kann wie auch bey der Restitution der Sache einstweilen Caution an ihre Stelle treten[w]).

§. 171.

Der Grund, auf welchen der Beklagte besitzt, befreit ihn nicht von der Uebernahme der Klage (§. 168), aber er kann ihm eine Exceptio gegen dieselbe geben, indem er den Anspruch des Klägers ungeachtet seiner Begründung widerrechtlich machen kann, so wenn der Beklagte vermöge eines ius in re das Recht zu besitzen hat, oder der Kläger

---

sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. L. 13. 15 §. 1, L. 21. 36 §. 1 eod. Ueber die Prästation des Zufalls L. 15 §. 3, L. 16 pr. 21. 62 pr. eod., L. 40 pr. D. de H. P. (5, 3). (Arndts im Rechtslex. V. S. 224, Wetzell, Vindpr. S. 176 f., Savigny VI. S. 177—197, Schmid, Hdb. §. 15, Anm. 101—103, Mommsen, Beitr. zum Obl.-Recht III. 79. 186. 188 f. R.). Culpa vor der Litiscontestation, L. 31 §. 3 eod.: Sicut autem sumtum quem fecit, deducit, ita si facere débuit, nec fecit, culpae huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est. tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem, postea vero et ipse praedo est.

s) L. 7. 46. 47. 63. 69. 70 D. h. t. (6, 1).

t) L. 75 D. de V. S. (50, 16): Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset. L. 81 eod.: verbo restitutionis omnis utilitas actoris continetur. L. 35 eod., L. 17 §. 1, L. 20 D. h. t. (6, 1).

u) L. 22 C. h. t. (3, 32). Begriff der fr. percipiendi, L. 62 §. 1 D. h. t. (6, 1), vgl. L. 33 eod. (Savigny, System VI. §. 267, Schmid Anm. 108—110, Vangerow §. 333. R.) Nicht Zinsen von ungebrauchtem Geld, L. 62 pr. eod. (Savigny a. a. O. §. 271. R.). — Besondere Condictio der fructus consumti, L. 22 §. 2 D. de pign. act. (13, 7).

v) L. 22 C. cit., L. 25 §. 7 D. de H. P. (5, 3): — post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse. — Begriff der percipiendi bey dem b. f. possessor (nach der L. C.). L. 2 C. de fructib. (7, 51).

w) L. 45 D. h. t. (6, 1), L. 21 eod.

vermöge eines obligatorischen Verhältnisses zwischen ihnen verpflichtet ist, ihm die Sache zu lassen. Eine solche Exceptio ist die exceptio rei venditae et traditae [x]). Sie findet Statt, wenn dem Besitzer (oder seinem Auctor) die Sache von dem Kläger (oder seinem Auctor) ex iusta causa tradirt worden, aber wegen eines besonderen Hindernisses das Eigenthum nicht übergangen ist, sey es, weil der Tradent damals nicht Eigenthümer war [y]), oder weil der Kaufpreis weder sofort bezahlt noch creditirt wurde [z]).

Die Verwendungen auf die zu restituirenden Früchte mindern diese selbst [aa]). Wegen der auf die Sache gemachten hat jeder Beklagte (mit Ausnahme des Diebs) die exceptio doli auf Ersatz, wenn sie zur Erhaltung der Sache oder ihrer Integrität nothwendig waren (impensae necessariae) [bb]), der bonae fidei possessor auch, wenn sie den

---

x) Dig. XXI. 3: de exceptione rei venditae et traditae. (Eine besondere Bearbeitung hat versucht: F. Wiebeking, über die exc. r. v. et traditae nach älterem und neuerem R. R. 1847. Die in den Quellen vorkommenden Fälle s. bey Arndts, Pand. §. 168 Anm., über die Anwendung auf unterlassene Eintragung im Grundbuch Seuffert's Archiv VI. 145, Arndts in der krit. Ueberschau V. S. 91 f. R.)

y) L. 1 pr. §. 1 eod., L. 4 §. 32 D. de exc. doli (44, 4): Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres exstiterit, et eundem fundum Mevio vendiderit et tradiderit, Iulianus ait, aequius esse praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur, et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres, adversus excipientem: si non suus esset, replicatione utereris, ut per hoc intelligeretur, eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis haberet. Dieselbe Entscheidung kommt fast wörtlich noch zweimal vor: L. 72 D. de R. V. (6, 1), L. 2 D. de exc. rei vend.

z) L. 1 §. 2. 3 eod. Was von dieser gesetzlichen Suspendirung des Eigenthums, muß auch von einer Suspensivbedingung pendente condicione gelten, L. 7 §. 3 in f. D. de iure dot. (23, 3). — Ob die römischen Juristen noch andere Exceptionen der Empfänger gegen ihre Tradenten gerade unter die obige gerechnet haben, ist ungewiß: manche Neuere scheinen zu übersehen, daß zwar die exceptio rei venditae et traditae immer auch als doli exceptio gefaßt werden konnte, aber nicht auch umgekehrt.

aa) L. 1 C. de fruct. (7, 51), L. 46 D. de usur. (22, 1).

bb) L. 38 D. de R. V. (6, 1), L. 5 C. eod. (3, 32), L. 1 C. de infant. exp. (8, 52). Ueber die Begriffe imp. nec., utiles, volupt. s. Dig. XXV. 1: de imp. in res dot. factis. L. 79 D. de V. S. (50, 16). Auch der Preis, um den der Besitzer die Sache erworben, kann unter Umständen zu den necessariae impensae gehören, blos unter diesem Titel kann sein Ersatz gegenüber der Vindication gefordert werden, L. 3. 23 C. de R. V. (3, 32), doch s. noch L. 14. 16 C. de praed. min. (5, 71). (Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten [Impensen, actio de in rem verso, negotiorum gestio], civilist. Studien. Heft 2, 1855. S. 11—58. R.)

Ertrag der Sache erhöht haben (impensae utiles), wegen dieser hat der malae fidei possessor, und wegen aller anderen (voluptuariae impensae) hat jeder Besitzer nur das ius tollendi[cc]). Gegen den bonae fidei possessor kann der Eigenthümer die von ihm lucrirten Früchte in Aufrechnung bringen[dd]).

2. Negatoria in rem actio[a]).

§. 172.

Vindication der Sache setzt Vorenthaltung des Besitzes voraus, für Eigenthumsverletzungen anderer Art ist eine Vindication der libertas rei gegeben, die sich in der Negation eines Rechts des Beklagten ausspricht, und darum negatoria oder negativa in rem actio heißt. In Veranlassung und Gegenstand unterscheidet sich diese Klage von der rei vindicatio, nicht in ihrem Grund; dieser ist dort wie hier das Eigenthum[b]), und dieses ist daher auch, wenn es dem Kläger bestritten wird, der Gegenstand eines ihm obliegenden Beweises[c]). Die Behaup-

---

cc) L. 37. 38 D., L. 16 C. de R. V., L. 8. 9 D. de impens. (25, 1).

dd) L. 48 C. de R. V. (6, 1). (Ueber das Princip der Ersatzpflicht [daß niemand sich mit fremdem Schaden bereichern dürfe] L. 14 D. de cond. indeb. [12, 6], vgl. Sell's Jahrb. III. 8 [1844]. R.)

a) Dig. VII. 6: si ususfructus (petatur vel) ad alium pertinere negetur. VIII. 5: si servitus (vindicetur vel) ad al. pert. negetur. Für eine besondere Klage hält Zachariä (Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 8. — 1844) die prohibitoria actio, die in den byzantinischen Rechtsquellen vorkommt. (Vgl. dagegen: Rudorff zu Puchta, Cursus der Inst. II. §. 232 aa, Stephan, in der Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV. 8. [1847], Schmidt von Ilmenau, daselbst XV. 6 [1849]. R.)

b) Nicht die Freiheit des Eigenthums, wie Viele in Folge einer nicht ungewöhnlichen Verwechselung des Grundes einer Klage mit ihrem Gegenstand oder ihrer Veranlassung geglaubt haben. Puchta, Kleine civil. Schriften 1851. S. 148 ff. Cursus der Inst. II. §. 229 bey Note y.

c) L. 2 pr. D. si serv. (8, 5): De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat. L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6): Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire, de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quod si forte qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habet, vincet tamen eo iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. Die Gewohnheit, die Negatoria zu den Servitutenklagen zu stellen, ist recht dazu geeignet, unrichtige Vorstellungen von ihrer Natur zu erzeugen. (Dieses

tung eines Rechts, namentlich einer zu der Handlung, welche die Klage veranlaßt, berechtigenden Servitut von Seiten des Beklagten (eine Behauptung, die übrigens keine wesentliche Bedingung der Negatoria ist)[d]), ist eine Einrede, deren Beweis natürlich ihm obliegt[e]). Die

---

ist ein Vorwurf, der zu viel beweist, denn er trifft das römische Recht selbst (Note a), welches nur den Servituten, nicht dem Eigenthum (§. 2 I. de action. 4, 6), dem Pfandrecht, der Superficies, der Emphyteusis, dem Begräbnißrecht (L. 2 §. 2 D. de relig. (4, 7), L. 4 D. comm. praed. 8, 4) gegenüber von einer Negatoria weiß. Die Abweichung der neueren Theorie (z. B. Zimmermann, pract. Archiv II. 13, Schütze in Bekker's Jahrb. VI. 78, vgl. Arndts §. 169, 2) und Praxis, welche sogar gegen die eingetragene Hypothek eine Negatoria auf Löschung behauptet hat (Seuffert's Archiv IX. 138. XII. 247), steht mit dem unsichern Eigenthumsbegriff (§. 144 a) in Verbindung. Das Recht, welches den Klaggrund in der Negatoria bildet und von dem Kläger bewiesen werden muß, ist ein Widerspruchsrecht (ius prohibendi), für welches die Frage, wem die Sache gehört, nur soweit in Betracht kommt, als schon hieraus ein Verbietungsrecht abgeleitet werden kann, vgl. L. 28 D. C. D. (10, 3), L. 8 §. 6 D. de O. N. N. (39, 1). R.)

d) (Puchta, Kleine civil. Schriften 1851, S. 148 ff., Vangerow, Leitfaden I. S. 706 — die entgegengesetzte Meinung vertheidigt mit guten Gründen Schmidt von Ilmenau, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV. S. 170—175 [1849]. Brinz, Pand. I. §. 67. R.).

e) Die Meinung, dem Negatorienkläger vielmehr liege der Beweis der Freiheit seiner Sache von der angeblichen Servitut ob, oder sollte ihm wenigstens consequent obliegen, ist der Hauptirrthum, welcher in dieser Lehre, sonst häufiger als jetzt, vorkommt. Aus der überaus umfangreichen Literatur dieser Streitfrage sind für das im allgemeinen richtige Resultat (wenn auch nicht überall für die richtige Begründung desselben) hervorzuheben Hufeland, Beiträge IV. 10, Esser, über die Beweislast bey Servitutenklagen 1826, Francke, Archiv für civ. Pr. XXI. 1 (1838), Mühlenbruch, Lehrbuch §. 282, (C. H. Pernice, comment. iur. rom. 1855. p. 129 ff., Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 257 Note 36. R.) Man hat für die Frage gebraucht außer L. 8. 14 D. de probat. (22, 3), L. 7 §. ult. D. de lib. causa (40, 12), die von den Klagen aus dem Status der Freiheit, Ingenuität, Selbstständigkeit handeln, besonders L. 8 §. 3 D. si serv. (8, 5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum, qui negat. L. 15 D. de O. N. N. (39, 1): Si priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere. Itemque e contrario, si, cum quis agere vellet, ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nunciaturum, nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare, necesse haberet, id enim esse petitores partes sustinere. Vgl. Puchta, Cursus d. Inst. II. §. 233 Note b §. 253 a. E. (Neuerdings sind für die Meinung, daß der Kläger den Beweis des Nichtvorhandenseyns der Servitut zu

Klage geht auf Wiederherstellung, Schadenersatz, künftige Unterlassung der Störung, Caution deshalb [f]).

B. Publiciana in rem actio [a]).

§. 173.

Wer die vollendete Usucapion für sich anführen kann, hat damit einen vollkommenen Beweis seines Eigenthums gewonnen, aber auch dem, der nur eine angefangene Usucapion nachweist, ist eine der Eigenthumsklage nachgebildete, auf der Fiction der vollendeten Usucapion beruhende Klage gegeben [b]). Diese Publiciana Actio steht in Beziehung auf Veranlassung, Beklagten und Gegenstand der Eigenthumsklage gleich [c]). Der Unterschied liegt in dem Grund der Klage, welcher nicht das Eigenthum, sondern der Usucapionsbesitz ist: Besitz mit iusta causa [d]) und bona fides [e]) an einer usucapionsfähigen Sache [f]). Da-

---

führen habe, wenn sich der Gegner im Besitz derselben befindet, aufgetreten: Seuffert, Pand. §. 183, Brinz, I. S. 238 ff., Erört. II. S. 73 f., Abh. S. 93 f., Fritz, Erläut. S. 369 f., Reuter in Linde's Zeitschr. N. F. XII. 15, Heyse im Archiv für civ. Pr. XL. 3. Diese Meinung verkennt aber die Bedeutung des Besitzes: er befreit von der Nothwendigkeit zu klagen, aber nicht vom Beweis, Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. S. 254–256. Keller, Pand. §. 155 (1861). Ueber die Praxis: Seuffert I. 17. 18. 409. II. 142. X. 139. XV. 102. Vgl. überhaupt Arndts §. 169 Anm. 4. R.)

f) L. 5 §. 6 D. si ususfr. (7, 6), L. 4 §. 2, L. 12. 14 pr. D. si serv. (8, 5).

a) Dig. VI. 2: de publ. in rem actione. (Eine zweite Ausgabe von Wächters Superficienrecht oder Platzrecht ist in dem ersten Bande der Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig erschienen. Vgl. die Recension der Schriften Degenkolb's und Wächter's, von Mandry in Pözl und Windscheid Krit. V. J. Schr. XII. (1870) S. 508–523. R.)

b) §. 4 I. de action. (4, 6), L. 7 §. 6 D. h. t. (6, 2): Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.

c) L. 7 §. 8 eod.: In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

d) Das prätorische Edict lautete beschränkt: si quis id, quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. L. 1 pr. eod. Qui bona fide emit, L. 7 §. 11 eod. Aber jeder Titel, derivativer und originärer, ist zur Begründung der Klage tauglich, L. 1 §. 2, L. 2. 3 pr. eod., L. 13 pr. eod.: Quaecunque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nancti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio. L. 7 §. 2 eod.: Marcellus lib. XVII Digestorum scribit, eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere. ergo et Publicianam habebit. Damit steht nicht in Widerspruch L. 2 §. 16 D. pro emt. (§. 156 Note d). Puchta, Cursus der Inst. II. §. 233 Note g. (Pagenstecher S. 199 f., Böcking, Pand. II. §. 56, Arndts §. 170 Anm., unbefriedigend: Emmerich in Linde's Zeitschr. XVII. 13. R.) Besitz ist nicht überall erforderlich, L. 12 §. 1, L. 15 D. h. t. (6, 2), vgl.

her liegt dem Kläger nur der Beweis des Titels und des Besitzerwerbs ob, wo dieser zu den Erfordernissen der Eigenthumserwerbsart, die den Titel bildet, gehört. Auf der anderen Seite ist die Klage unwirksam, wenn der Beklagte ein höheres oder ein gleiches Recht wie der Kläger hat, es steht ihr also die exceptio dominii[g]), und die exceptio bonae fidei possessionis entgegen[h]), wegen der Zulässigkeit dieser letzteren hat die Publiciana geringere Kraft als die Rei Vindicatio[i]). Wie als Vindication der Sache ist die Publiciana auch als Negatoria

---

L. 7 §. 16 eod. (Eben so Schmid, Handb. §. 16 Anm. 21. 22, Vangerow §. 355, Windscheid §. 199 Anm. 9, Arndts §. 170 Anm. Anders Pagenstecher III. S. 196 f., Keller §. 156 Anm. 2. R.)

e) L. 7 §. 11—15. 17 eod. Die bona fides kommt nur als Element des erworbenen Usucapionsbesitzes zur Sprache, nicht als selbstständiges Erforderniß, welches daher fortbauern müßte (wie bey dem Fruchterwerb).

f) L. 9 §. 5, L. 12 §. 4 eod., L. 12 §. 2. 3 eod.: In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.

g) L. 16. 17 eod. Es ist indessen möglich, daß diese exceptio durch eine replicatio doli entkräftet werden kann, L. 28 D. de nox. act. (9, 4), L. 4 §. 32 D. de exc. dol (44, 4), s. §. 171 Note y. — L. 57 D. mand. (17, 1): Mandatum distrahendorum servorum defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit; quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit, sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non (in-)utiliter (Basil. καλῶς) acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno (Papin.). Cuiac. obs. X. 6. (Savigny, System VII. [1848] Beilage XIX. R.)

h) Wenn zwey Usucapionsbesitzer einander gegenüber stehen, ein ehemaliger und ein gegenwärtiger, so siegt der letztere, ausgenommen, wenn ihm (aus der Person seines Vorgängers) die replicatio rei venditae et traditae entgegensteht, L. 9 §. 4 D. h. t. (6, 2): Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Iulianus lib. VII digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis, quae sententia vera est (Ulpian.) Eine andere, sicher unrichtige Meinung trägt Neratius vor, L. 31 §. 2 D. de A. E. V. (19, 1): Uterque nostrum eandem rem emit an non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est, sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

i) Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 233 p. (Ueber die angebliche dingliche Klage des älteren Besitzers gegen den jüngeren, der nicht einen Titel oder Veräußerung des Besitzers vom Kläger nachweise, vgl. §. 133. R.)

zuzulassen, d. h. der Negatorienkläger kann seine Klage durch den Beweis des Usucapionsbesitzes begründen[k]).

Drittes Kapitel.

Das Recht der Superficies und Emphyteusis.

Allgemeines.

§. 174.

Gewissen Vermiethungen und Verpachtungen ist nicht blos die Wirkung einer Obligatio, sondern auch die eines dinglichen Rechts beigelegt. Dieß ist der Ursprung des superficiarischen und emphyteutischen Rechts. Das Gemeinschaftliche beider Rechte besteht in einer bedeutenden Annäherung an das Eigenthum, — in dem Grad, daß man ihren Charakter als iura in re öfters verkannt, und sie für Arten eines beschränkten Eigenthums gehalten hat. Diese Annäherung liegt theils in den Befugnissen vollständiger Benutzung und an sich fast unbeschränkter Einwirkung auf die Sache, theils in der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit. Am entschiedensten hebt sich das superficiarische Recht von dem Eigenthum ab, indem die Herrschaft, die es gewährt, auf das Gebäude, die Superficies sich beschränkt[a]). Das emphyteutische Recht ist nicht durch den Gegenstand der Herrschaft von dem Eigenthum verschieden, und daher ist zwischen dem Emphyteuta und dem Superficiarius der Unterschied, daß jener corporis possessor, dieser nur Quasibesitzer des Rechts ist. Es war denn auch schon bey den römischen Juristen ein Zweifel entstanden, ob der Emphyteuta (oder der Besitzer des ager vectigalis, an dessen Recht sich das emphyteutische anschließt) nicht als Eigenthum zu behandeln sey[b]), und noch der Kaiser Zeno hat geglaubt, ihn durch ein Gesetz beseitigen zu müssen[c]). Der Unterschied von dem Eigenthümer beruht vornehmlich

k) Puchta, über die Negatorienklage, Kleine civil. Schriften S. 148 ff.

a) L. 2 D. de superf. (43, 18): Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius est solum.

b) Gai. III. 145.

c) L. 1 C. de iure emphyt. (4, 66): Ius emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis esse titulis adiiciendum, sed hoc ius tertium esse con-

auf den Verbindlichkeiten, die dem Emphyteuta gegenüber dem Eigenthümer obliegen, und in denen er ein fremdes, durch sein Recht nur beschränktes, nicht aufgehobenes Eigenthum anerkennt[d]).

Der heutige Gebrauch des Instituts der Superficies und die Anwendbarkeit der römischen Theorie desselben ist nicht zu bezweifeln. Zweifelhafter muß die Frage in Beziehung auf die Emphyteuse erscheinen. Dieses Institut und seine Ausbildung in der römischen Gesetzgebung hängt so eng mit damaligen politischen Zuständen zusammen, daß die Anwendung auf heutige, äußerlich ähnliche Verhältnisse, die gewöhnlich behauptet und auch wohl durchgesetzt wird, nur als eine analoge, als eine Uebertragung auf Fälle wesentlich verschiedener Natur gelten kann (§. 176)[e]).

Superficies[a]).

§. 175.

Die allgemeine Natur der Superficies besteht darin, daß sie das veräußerliche und vererbliche Recht ist an einem fremden Gebäude auf vollständige Benutzung desselben und mit der Verbindlichkeit, die öffentlichen Abgaben zu tragen, geschützt durch eine in rem actio nach Analogie der Eigenthumsklage[b]), und im Fall der Tradition ex iusta

---

stituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem item definitionemque habere propriam — —. Ueber seine Eigenschaft als ius in re s. auch L. 1 §. 1 D. si ager vect. (6, 3), L. 10 D. fam. erc. (10, 2), L. 3 §. 4 D. de rebus eor. (27, 9), L. 71 §. 5. 6 D. de leg. I. (30), L. 15 §. 26. 27 D. de damno inf. (39, 2).

d) (Den Unterschied von den Servituten hat man in dem Mangel eines eigenen Rechts zu finden geglaubt. Büchel, Erört. 2. Ausg. Bd. I. S. 304 f., Elvers, Servitutenlehre §. 34. Dagegen: Arndts in Linde's Zeitschr. N. F. III. 7, Kuntze in der Heidelb. Zeitschr. II. S. 263. R.)

e) Vgl. Elia Lattes studi storici sopra il contratto d'enfiteusi. Torino. 1868, v. Daniels Handb. der für die k. preuß. Rheinprovinzen verkündigten Gesetze. Bd. IV. S. 613. 614, Toullier, droit civil. III. §. 95, Arndts §. 195 Anm. 4. R.)

a) Dig. XLIII. 18: de superficiebus. Vgl. Rudorff, Beitrag zur Geschichte der Superficies, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. XI. 7. (Mommsen, daselbst XV. Nr. 10 S. 335—341. Niegolewski, de iure superficiario. 1845, Degenkolb in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte IV. 3 [1865] S. 474—488, Platzrecht und Miethe, Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie 1867 S. 1—124, Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht, zwei Leipziger Universitätsprogramme vom 27. März und 20. November 1866. Zweite sehr vermehrte Ausgabe in der Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig. Erster Band, erstes Heft 1868. R.)

b) L. 1 pr. §. 1. 3 eod., L. 73 §. 1, L. 74. 75 D. de R. V. (6, 1).

causa durch die Publiciana (bey welcher das Eigenthum des Bestellers nicht bewiesen zu werden braucht)[c]). Die weiteren Befugnisse und Verbindlichkeiten des Superficiarius hängen von dem constituirenden Rechtsgeschäft (theils seiner allgemeinen Natur, theils seinen besonders beliebten Bestimmungen) ab. Das Recht kann durch Testament oder Vertrag errichtet werden[d]), der Vertrag kann Schenkung, Kauf[e]), Miethe rc. seyn[f]). Auf den speciellen Inhalt des Rechts wird es nicht ohne Einfluß seyn, ob es an einem stehenden Gebäude gegeben wird (bey der Miethe wird eine längere Zeit vorausgesetzt)[g]), oder an einem erst von dem Berechtigten auf dem fremden Boden zu errichtenden[h]).

Emphyteusis[a]).

§. 176.

Gegenstand des emphyteutischen Rechts sind seiner ursprünglichen

c) L. 12 §. 2. 3 D. de Publ. act. (6, 2).

d) Auch in dem letzteren Fall ist das Erforderniß der Tradition zur Entstehung des dinglichen Rechts weder im geschriebenen Recht aufgestellt, noch aus inneren Gründen zu behaupten. Eben so wenig ist eine Entstehung durch Ersitzung anzunehmen, gegen welche auch L. 26 D. de usurp. (41, 3): Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest, einen Grund giebt, s. Puchta, Cursus d. Inst. II. §. 244. Note l.

e) (Darauf hat man die L. 32 D. de iure dotium (23, 3) beziehen wollen. Richtiger aber ist sie von dem Abverkauf eingebauter Baumaterialien zu verstehen. Vgl. Bachofen ausgewählte Lehren des Civilrechts S. 98 n. 54. Czyhlarz in der Gießener Zeitschrift N. F. 22, 409 Nr. 9, Degenkolb, Platzrecht S. 38. 39. R.)

f) (Während Wächter II. 4 ebenfalls mehrere Entstehungsgründe anerkennt, beschränkt Degenkolb S. 28 f. die Superficies auf die causa der Miethe mit welcher er den Kauf identificirt, weil jede Superficies ein solarium voraussetze, L. 74 D. de R. V. (6, 1). Diese Verpflichtung könnte aber auch durch einen Modus begründet werden. R.)

g) L. 1 §. 3 h. t. (43, 18).

h) Hier wird der Vertrag gewöhnlich den Charakter einer Miethe des Bodens zu jenem Behuf haben, der Miethzins heißt hier solarium, L. 15 D. qui pot. (20, 4), L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. (43, 18). (Der Dominus verliert daher, wenn das Gebäude untergeht, nur das solarium, das Baumaterial fällt an den Superficiar als Erbauer zurück. L. 15 §. 26 D. de damno inf. (39, 2). Wächter I. 20 nimmt dies freilich auch dann an, wenn der Superficiar das Gebaude nicht erbaut hat, s. aber Degenkolb S. 50 Nr. 2. R.)

a) Dig. VI. 3: si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur. Cod. IV. 66: de iure emphyteutico. XI. 66: de fundis patrimonial. et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. Inst. III. 24: de locatione et conductione, §. 3. — Vuy, de orig. et natura iuris emphyteut. rom. 1838. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 245. (Arndts, die Emphyteuse, in Weiske's Rechtslexicon III. S. 849—884. R.)

Natur nach Grundstücke, die der Agricultur bestimmt sind[b]), die Anwendung auf bloße Gebäude, die allerdings im späteren römischen Recht vorkommt[c]), ist eine Anomalie. Die römische Theorie setzt als den regelmäßigen Fall den voraus, daß durch die Bestellung der Emphyteusis selbst weder der Emphyteuta bereichert wird (wegen der Höhe seiner Leistungen), noch der Eigenthümer verliert (vermöge der Aequivalente, die er in den Präſtationen des Emphyteuta für die eingeräumte Benutzung erhält), auf gleiche Weise wie bey dem gewöhnlichen Pachtcontract[d]), nur daß die Dauer und der dingliche Schutz des Rechts den Emphyteuta vortheilhafter als einen gewöhnlichen Pächter, den Eigenthümer nachtheiliger als einen bloßen Verpächter stellt oder (denn nach den factischen Umständen kann sich das auch umkehren) stellen kann.

Zu Gunsten des Emphyteuta enthält das Rechtsverhältniß das Recht vollständigster Benutzung des Guts, Vererbung[e]) und Veräußerung[f]), Bestellung von iura in re auf die Dauer des emphyteutischen Rechts an der Sache[g]), emphyteuticaria in rem actio gegen jeden Verletzer[h]), im Fall des Uebenkommens durch Tradition und bona fide Publiciana[i]), interdictum de loco publico fruendo[k]), Berechtigung zu den die Sache betreffenden Klagen an der Stelle des Eigenthümers[k*]).

---

b) Dieß schließt auch die darauf befindlichen Gebäude ein, L. 15 §. 26. 27 D. de damno inf. (39, 2).

c) Nov. 7 c. 3 §. 2 Nov. 120 c. 1 §. 2. (Der Unterschied zwischen aedes vectigales und superficiariae lag früher hauptsächlich in der Einrichtung durch den Grundherrn, bezüglich den Superficiar. L. 12 §. 3 D. de publ. act. (6, 2), nach den Novellen ist dies gleichgültig. Degenkolb, Platzrecht S. 51. 52. R.)

d) Dieß ist auch durch das Gesetz des Kaisers Zeno nicht verändert, das allerdings nicht blos die Natur des dinglichen Rechts betrifft (§. 174 Note c), sondern auch das obligatorische Verhältniß im Auge hat, ohne aber darum die Analogie des Pachtvertrags für durchaus unanwendbar zu erklären.

e) §. 3 I. de loc. (3, 24). Die Beschränkung der Vererblichkeit kirchlicher Emphyteusen in Nov. 7 c. 3 pr. ist wieder aufgehoben, Nov. 120 c. 6 §. 1.

f) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66). Keine körperliche Theilung ohne Zustimmung des Eigenthümers, L. 7 pr. D. comm. div. (10, 3).

g) L. 1 pr. D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 31 D. de pignor. (20, 1).

h) L. 1 §. 1, L. 3 D. si ager vect. (6, 3).

i) L. 12 §. 2 D. de publ. act. (6, 2).

k) Dig. XLIII. 9: de loco publico fruendo. (Vorausgesetzt, daß er die Abgabe selbst gepachtet hat, denn das Interdict ist nur dem Zehntpächter gegeben. Rudorff, Zeitschrift für gesch. Rechtsw. XI. S. 338–340. R.)

k*) (Zur actio communi dividundo, L. 7 pr. D. comm. div. [10, 3], finium regundorum, L. 4 §. 9 D. fin. reg. [10, 1], aquae pluviae arcendae, L. 23 §. 1

Zu Gunsten des Eigenthümers ist bestimmt das Recht des Vorkaufs, zu welchem Behuf eine Anzeige des beabsichtigten Verkaufs an ihn gemacht werden muß[l]), das Recht einer Quote des Preises, der gegeben worden ist oder hätte erlangt werden können bey dem Uebergang der Emphyteusis auf einen anderen durch Singularsuccession[m]), die Ausschließung der Dereliction[n]), die unveränderte Dauer des Verhältnisses bey theilweisem Untergang der Sache[o]), das Recht der Privation (§. 177).

Die Hauptverbindlichkeiten des Emphyteuta sind: Tragung der öffentlichen Abgaben, worüber er die Quittungen alljährlich dem Eigenthümer vorzulegen hat[p]), und Leistung der constituirten jährlichen Abgabe an dem Eigenthümer (canon, pensio). Dieser Canon hat die Natur eines Pachtzinses, und unterliegt daher der Remission wegen außerordentlicher, die Früchte treffender Zufälle[q]).

§. 177.

Die Emphyteusis wird errichtet durch Testament oder durch Vertrag (Tradition ist als Bedingung des binglichen Rechts nirgends vorgeschrieben), Abweichungen von dem regelmäßigen gesetzlichen Inhalt des Rechts können nur durch schriftlich abgefaßte Uebereinkunft begründet werden[r]), außerdem ist für die Errichtung kirchlicher Emphyteusen ein schriftlicher Vertrag nothwendig[s]). Ersitzung ist keine Errichtungsart der Emphyteusis, obwohl das schon bestehende emphy-

---

D. de aqua pluv. [39, 3], arborum furtim caesarum, L. 5 §. 3 D. arb. furt. [47, 7], [utilis] petitio servitutis, L. 16 D. de serv. [8, 1]. R.)

l) L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66).

m) L. 3 C. cit. Der Verkauf der Emphyteusis ist nach dem römischen System ein Verkauf der Meliorationen (ἐμπονήματα), welche das Gut seit dem Bestehen des Rechts durch die Besitzer erhalten hat, und von ihrem Werth wird daher jene Quote (Handlohn, Laudemium) berechnet. Der Eigenthümer erhält diese Abgabe auch von dem Singularsuccessor ex causa lucrativa, aber doch nur unter der Voraussetzung, daß das Object, von dem sie nach römischem Recht gegeben wird, existirt. Ueber die verschiedenen Meinungen s. Glück, Comment. VIII. §. 613.

n) L. 3 C. de fundis patrim. (11, 61). Viele sehen dieß mit Unrecht als eine Ausnahme bey kaiserlichen Emphyteusen an.

o) L. 1 C. de iure emphyt. (4, 66).

p) L. 2 C. eod.

q) L. 15 §. 4 D. loc. (19, 2): — — hoc idem et in vectigalis damno respondit (τοῦτο γὰρ καὶ ἐπὶ ἐμφυτευτικοῦ ἐστιν Basil. XX. 1 tom. II. p. 348 Heimb. R.) — —.) Controverse: ob dieß nicht durch die Bestimmungen der L. 1 C. h. t. über den theilweisen Untergang der Sache (Note o) aufgehoben sey? In der That läßt sich von dem einen nicht auf das andere schließen, s. auch Note d.

r) L. 1—3 C. de iure emphyt. (4, 66). Marezoll, Zeitschr. für Civilr. II. 11.

s) Nov. 7 pr. in fin. Nov. 120 c. 6 §. 2.

teutische Recht durch ordentliche und außerordentliche Ersitzung auf einen Anderen übergehen kann[t]). Aufgehoben wird die Emphyteusis außer den allgemeinen Gründen (Untergang der Sache, Confusion, Ablauf der bestimmten Zeit, Uebereinkunft) durch den unbeerbten Tod des Emphyteuta[u]), und durch Entsetzung des Emphyteuta (Privation), welche dem Eigenthümer wegen Verkaufs ohne Anzeige, wegen Verheimlichung des Preises zur Verringerung des Laudemiums, wegen dreijähriger Versäumung der Pflicht hinsichtlich der öffentlichen Abgaben, und der Pflicht der Entrichtung des Canons zusteht[v]), bey kirchlichen Emphyteusen schon wegen zweyjähriger Nichtentrichtung des Canons, und wegen Deterioration des Guts[w]).

Viertes Kapitel.

Die Servituten[a]).

1. Grundprincipien[b]).

§. 178.

Servituten sind Rechte an fremden Sachen auf Benutzung derselben für ein individuell bestimmtes Subject: ein persönliches, Servi-

---

t) Vgl. über die verschiedenen Meinungen in dieser Controverse Glück, Comment. VIII. §. 609, Unterholzner, Verjährungslehre §. 237—240. Die Stellen des geschriebenen Rechts, die von der Ersitzung sprechen, reden alle von Grundstücken, die für dieses Verhältniß schon bestimmt sind. So L. 12 §. 2 D. de publ. act. (6, 2), welche die usucapio ausschließt, L. 14 C. de fundis patr. (11, 61), welche den Besitzer eines emphyteutischen Guts, dessen Eigenthümer Staat, Kirche oder Stadt ist, nach vierzig Jahren in dem emphyteutischen Recht schützt.

u) Wegen der (nur durch Einmischung germanistischer Rechtstheorien entstandenen) Controverse über den Untergang einer blos auf Descendenten vererblichen Emphyteuse, wenn der letzte Besitzer ohne Descendenz verstorben ist, aber noch Descendenten des ersten vorhanden sind, s. Glück, Comment. VIII. S. 522 ff.

v) L. 2. 3 C. de iure emphyt. (4, 66).

w) Nov. 7 c. 3 §. 2. Nov. 120 c. 8, cap. 4 X. de locat. (3, 18).

a) Neuere Versuche der Bearbeitung dieser Lehre: Luden, die Lehre von den Servituten 1837, Hoffmann, die L. v. d. Serv. nach R. R. 1838. 1843. (Rud. Elvers, die röm. Servitutenlehre I. 1854. II. 1856. Vgl. dazu: Kuntze in der Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 227—268; Heimbach im Rechtslex. X. S. 145—349. Schönemann, die Servituten 1866, Brinz I. S. 258 f., Keller §. 163, Windscheid §. 200, Arndts §. 176. — Nur in uneigentlichem Sinn werden auch Superficies [L. 86 D. de leg. I. (30)] und s. g. Legalservituten [L. 1 §. 22 D. de aqua pluv. (39, 3)] als Servituten bezeichnet. R.)

b) Puchta, Cursus der Inst. II. §. 252.

tuten für Personen, servitutes personarum, oder ein Sachindividuum, Servituten für Grundstücke, servitutes rerum s. praediorum[c]). Die Grundprincipien derselben fließen theils aus ihrer Eigenschaft als iura in re, theils aus dem eigenthümlichen Charakter der Servituten selbst. Jene sind drey: 1) nulli res sua servit[d]), 2) servitus servitutis esse non potest[e]), 3) servitus in faciendo consistere nequit[f]),

c) v. Löhr, Magazin III. S. 486 ff. (1820). (Elvers a. a. O. S. 38. 43. 48. 52. 310 nimmt noch das Moment einer Herrschaft „über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache" in die Definition auf, um: 1) für die Servitut eine unkörperliche Sache als Gegenstand zu gewinnen, 2) dem Widerspruch in der gemeinen Meinung zu entgehen, nach welcher die Servitut Eigenthumsbestandtheil seyn soll, während doch das Eigenthum, der Servitutbestellung ungeachtet, vollständig bleibe. Das erste Bedenken beruht auf einer Verwechselung: die Servitut selbst, nicht ihr Gegenstand ist res incorporalis [Note e]. Der Widerspruch ad 2 aber wird nicht dadurch vermieden, daß man der Minderung des Eigenthums eine Minderung der Sache substituirt, sondern daß man aufhört, die Servitut als Theil, es sey des Eigenthums oder der Sache, zu betrachten. L. 25 D. de V. S. (50, 16). Dadurch wird auch die künstliche Auffassung Kuntze's a. a. O. S. 232 f. entbehrlich, daß nur die Befugniß, eine Servitut zu bestellen, im Eigenthum liege, und daß die bestellte Servitut eine Beschränkung des Eigenthümers, nicht des Eigenthums enthalte. Gegen die neueren Versuche, eine für alle Servituten gemeinsame Definition zu geben, Keller, Pand. §. 163. R.)

d) L. 26 D. de S. P. U. (8, 2), L. 33 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3), L. 5 pr. D. si ususfr. (§. 172 Note c.), L. 40 D. de S. P. U.: Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo iure fenestras immisisse respondi. Vgl. Schulting-Smallenburg, not. ad h. l., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 275 Note 7.

e) L. 1 D. de usu et usufr. (33, 2), L. 33 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3). Zum Theil hängt dieser Grundsatz auch mit der eigenthümlichen Natur der Servituten, nämlich mit ihrer Unveräußerlichkeit zusammen. (Nach dem Entscheidungsgrund der ersten Stelle quia id neque ex bonis neque extra bona sit würde nur der Nießbrauch oder Quasi-Ususfructus an einer noch nicht existirenden Prädialservitut ausgeschlossen, mithin an einer schon bestehenden Beides möglich seyn. Allein ein persönlicher Anspruch auf lebenslänglichen Genuß oder Servitutenbestellung findet auch im ersten Fall Statt, während der eigentliche dingliche Nießbrauch und die Confessoria auch im zweiten ausgeschlossen bleibt. Anders Windscheid §. 200 Anm. 5, §. 205 Anm. 10, der für den Nießbrauch am Nießbrauch eine Ausnahme annimmt, weil dieser eine Ausübung durch Andere zulasse. Da sich jedoch die Dauer dieses Nießbrauchs am Nießbrauch nach der Dauer des letzteren richten soll, §. 205 Anm. 4, so läge darin eine partielle Aufhebung der Regel servitus servitutis esse nequit, die durch nichts motivirt ist. Schmidt (v. Ilmenau) in Bekker's Jahrb. III. S. 260 Note 27 glaubt die ganze Regel durch das neuere Recht durchbrochen. Vgl. dagegen Vangerow, §. 338 Anm. 3. R.)

f) L. 15 §. 1 D. de servit. (8, 1): Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. Vgl. L. 6 §. 2 D.

keine Servitut kann ein Thun des Eigenthümers der dienenden Sache (abgesehen von dem Gewähren derselben) als Inhalt in sich aufnehmen[g]), sondern nur entweder ein Dulden (servitutes quae in patiendo consistunt, positive Servituten), oder ein Nichtthun (serv. in non faciendo, negative Servituten).

Der eigenthümliche Charakter der Servituten besteht in der Gewährung des usus, d. h. der Benutzung für ein bestimmtes Individuum, welchem unmittelbar durch die nutzbaren Eigenschaften der dienenden Sache ein Vortheil gewährt werden soll[h]). Daraus folgt 1) die Unübertragbarkeit des Rechts auf ein anderes Subject, bey Personalservituten auf eine andere Person[i]), bey Realservituten auf

si serv. (8, 5). Vgl. u. a. Vangerow, Leitfaden I. §. 338. Ueber die scheinbare Abweichung bey der serv. oneris ferendi s. unten §. 184.

g) Man hat gegen die Gemeingültigkeit dieses Grundsatzes für die Rechte an Sachen überhaupt die Fälle von Verpflichtungen eingewendet, die jeden Besitzer treffen (Mühlenbruch, Lehrbuch §. 275 Note 6), vergessend, daß dieser Einwand die Möglichkeit, diese Präftationen mit einer Vindication einzuklagen, voraussetzen würde.

h) L. 15 pr. D. de servit. (8, 1): Quotiens nec hominum, nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas. et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. Man hat Anstoß genommen an L. 19 eod., die nur sagt, daß Realservituten von dem persönlichen Vortheil des derzeitigen Eigenthümers unabhängig sind, s. §. 183 Note c. (Der im Text vertheidigten Ansicht ist widersprochen von Scheurl, Zeitschr. für gesch. R.W. XV. Nr. 2 [1848], welcher die Beschränkung auf die unmittelbaren Vortheile der dienenden Sache nur für Prädialservituten gelten läßt. Elvers S. 18. 448 f., Böcking §. 163 Note 18—20, §. 167 und unten §. 183 Note c. Wie wohl begründet jener Widerspruch ist, beweist schon die Nothwendigkeit der Wittwenversorgung, welche nach dem Wegfall des töchterlichen Erbrechts in Folge der Aufhebung der Manus ordentlicher Weise durch das Legat des Nießbrauchs am ganzen Vermögen bewirkt wurde. Daher bildet der Nießbrauch überall die Normalservitut, während der Usus als Anomalie erscheint, die erst durch Willensinterpretation zurecht gelegt werden muß. R.)

i) §. 3 I. de usufr. (2, 4): — Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur —. L. 66 D. de iure dot. (23, 3): Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, i. e. qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno; ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. (Ueber das Verhältniß beider Stellen vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 257 p, Rudorff zu Puchta, Vorles. §. 178 Note 5 ed. 4. — Die

ein anderes Grundstück[k]); die Unübertragbarkeit sogar der Ausübung[l]); 3) die Untheilbarkeit der Servituten[m]), vermöge deren sie auch nicht theilweise erworben oder verloren werden können.

Meinungen von Löhr's, Zeitschr. für Civilr. u. Proceß XII. 7, Dernburg's, daselbst N. F. II. 2 [1845] und Elvers, Servitutenlehre 1854 §. 27 beruhen auf einer Verwechselung der Uebertragung des Rechts und des Fruchtbezugs §. 181 c. d. Vgl. Arndts, daselbst N. F. VIII. 4 [1850]. Die Unveräußerlichkeit des erstern ergiebt sich aus dem Untergang durch den Tod u. s. w. des Uebertragenden. Vgl. Keller, über Verpfändung ländlicher Servituten, im Jahrb. des gem. deutschen Rechts II. 4 [1858], Böcking §. 164 Anm. 19, Arndts §. 194 Anm. 1. R.)

k) Um eine Verpfändung möglich zu machen, ist bey servitutes praediorum rusticorum eine Abweichung, aber auch nur zu jenem Zweck zugelassen worden, L. 11 §. 3, L. 12 D. de pignor. (20, 1). Vgl. v. d. Pfordten, Archiv für civ. Pr. XXII. S. 25 ff. (Diese „Abweichung" betrifft aber nur den abgeleiteten Besitz, nicht das Recht der Servitut, welches durch Pignus und Hypothek gar nicht übertragen wird. Die Beschränkung auf servitutes praediorum rusticorum gründet sich darauf, daß nur hier selbstständige Interdicte vorkommen [§. 139], in deren Uebertragung eben das Pignus besteht. Rudorff in Richter's Jahrb. 1844. S. 323 f. Lang, über die Verpfändung der Servituten: Archiv für civ. Pr. XXIX. 10 [1846] scheint bey seinen Einwürfen gegen diese Ansicht übersehen zu haben, daß vendere servitutem, usumfructum etwas ganz Anderes bedeutet, als cedere, nämlich Gewähr des Fruchtgenusses (uti licere), nicht Rechtsübertragung. Ebenso unhaltbar ist die weitere Ausführung desselben Schriftstellers, daß servitutes urbanae so gut verpfändet werden können, wie rusticae: wenn auch eis servitutibus in L. 12 durch „dergleichen, derartige" übersetzt werden könnte, so wären diese, nachdem die urbanae unmittelbar vorher ausgeschlossen waren, doch immer nur rusticae. Vgl. auch Schmidt, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. V. 8 [1848]. R.)

l) L. 8. 12 §. 6 D. de usu et hab. (7, 8), L. 44 D. loc. (19, 2): Locare servitutem nemo potest. (Die versuchte Uebertragung zieht auch hier nicht den Verlust der Servitut nach sich, sondern ist ganz unwirksam. Arndts §. 194 Anm. 1. R.) Eine Ausnahme bey einigen Personalservituten, die einen über den usus hinausgehenden Inhalt haben, §. 179. 181.

m) L. 17 D. de servit. (8, 1): — qnia usus eorum indivisus est — L. 1 §. 9 D. ad L. Falc. (35, 2), L. 19 D. de usu et hab. (7, 8). Cramer in Hugo's civ. Magazin VI. 1. (Pomponius: et servitutes dividi non possunt, nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam eius corrumpat). Es ist eine Berechtigung Mehrerer weder pro diviso noch pro indiviso möglich, sondern nur eine solidarische, L. 4 §. 3. 4 D. si serv. (8, 5), L. 6 §. 4 eod.: Si aedes plurium dominorum sint (bey der servitus oneris ferendi), an in solidum agatur, Papiniauns lib. III qnaestionum tractat, et ait, singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus excepto usufructu. Sed non idem respondendum, inquit, si commnnes aedes essent, quae onera vicini sustinerent. Die Theilung der Sache theilt nicht die Servitut, L. 23 §. 3, L. 25 D. de S. P. R. (8, 3), L. 6 §. 1 D. quemadm. serv. (8, 6). Vgl. Brinz, Pand. I. §. 76. — Auch hier tritt eine Ausnahme bey manchen Personalservituten wie Note l und aus demselben Grunde ein. (Heinzelmann, die Untheilbarkeit der Servituten 1854. Dagegen: Kuntze in der Heidelb. krit. Zeitschrift I. S. 546 f., Ubbelohde, untheilbare Obligationen S. 6 f., S. 44 f. R.)

Die Benutzung der dienenden Sache in der durch die Servitut gegebenen Art steht vor allem dem Servitutberechtigten zu, der Eigenthümer nimmt nur, soweit die Servitut sie nicht ausschließlich in Anspruch nimmt, und der Servitut unbeschadet, daran Theil[n]), dagegen muß auch die Servitut mit möglichst geringer Belästigung des Eigenthümers ausgeübt werden[o]).

II. Personalservituten[a]).

A. Uebersicht[b]).

§. 179.

Die Personalservitut ist der usus der Sache für ein persönliches Individuum. Das persönliche Bedürfniß nimmt den Gebrauch der Sache weit vollständiger in Anspruch, als dieß bey dem Bedürfniß eines Grundstücks der Fall zu seyn pflegt. Die Realservituten beschränken sich regelmäßig auf eine gewisse Seite des Usus, daraus erklärt sich, daß das Wort usus vorzugsweise zur Bezeichnung der Personalservitut gebraucht wird. Innerhalb der Gränzen ferner des eigentlichen Servitutenbegriffs wäre die servitus usus die einzige Personalservitut (nur mit beschränkterem oder unbeschränkterem Inhalt §. 180). Aber es ist gestattet worden, der Personalservitut Befugnisse hinzuzusetzen, die über den regelmäßigen Servituteninhalt hinaus sich erstrecken, dadurch ist unter dem Namen fructus, ususfructus (Nießbrauch) noch eine zweite Personalservitut zu jener hinzugekommen[c]).

---

n) Die Meinung, daß bey Realservituten, oder wenigstens bey servitutes praediorum rusticorum, z. B. dem Weiderecht, dem Eigenthümer im Zweifel eine gleiche Concurrenz mit dem Servitutberechtigten zustehe (Glück, Comment. X. §. 680), läßt sich weder durch L. 13 §. 1 D. comm. praed. (8, 4), noch L. 6 C. de servit. (8, 34), die man dafür angeführt hat, begründen.

o) L. 9 D. de serv. (8, 1): in infinito ire, agere licebit, civiliter modo —. L. 20 §. 1 D. de S. P. U. (8, 2). (Seuffert's Archiv XV. 103. 104, II. 140, VI. 7. 13. Ueber die nationalöconomischen Rücksichten, welche bey den Grundprincipien, namentlich in Hinsicht auf die Prädialservituten, maßgebend gewesen sind, vgl. Keller, Pand. §. 164. R.)

a) Inst. II. 4: de usufructu. 5: de usu et habitatione. Dig. VII. 1: de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. 7: de operis servorum. 8: de usu et habitatione. Cod. III. 33: de usu (et) fructu et habitatione et ministerio servorum.

b) Puchta, Cursus der Inst. II. §. 255.

c) Ueber das juristische Verhältniß der Servitut des usus und des ususfructus hat der Umstand getäuscht, daß in den Quellen der Ususfructus fast überall vorangestellt, und zur Grundlage der Theorie von den persönlichen Servituten gemacht, auch ungleich öfter erwähnt wird als der Usus. Der Grund davon liegt

Aber auch dabey bleibt das römische Recht nicht stehen. Wenn bey der Bestellung des Rechts der Wohnung als Personalservitut der Besteller sich statt des Worts usus der factischen Bezeichnung als habitatio bedient hatte, so sollte dieses Recht nach der unter den römischen Juristen herrschenden Ansicht[d]) als eine besondere dritte Servitut behandelt werden: ein gleiches gilt von den Diensten eines Sclaven oder Thiers, die operae servorum et animalium sind als eine vierte Personalservitut hinzugekommen[e]). Die Servituten der habitatio und der operae hängen ihrer Grundlage nach mit dem Gegensatz der juristischen Ausdrücke und der blos factischen in der römischen Sprache zusammen und sind darum heutzutage unanwendbar.

B. Usus[a]).

§. 180.

Der Usus enthält das Recht der Naturalbenutzung für die Person des Berechtigten, mithin ohne das Recht eines Umsatzes der Nutzung durch Ueberlassung der Ausübung an einen Anderen, und mit Beschränkung auf die Bedürfnisse des Berechtigten[b]). Ist der Usus durch

aber vor allem darin, daß, sowie einmal jenes umfassendere Recht zugelassen worden war, es auch das häufiger vorkommende wurde, und sodann, daß es gerade um seines von der Consequenz abweichenden und nicht unbedenklichen Inhalts willen einer genauen Bestimmung im Einzelnen bedurfte. (Im Gegensatz zu dieser Auffassung der Realservituten als des Normalfalls [§. 178 Note h], des Ususfructus als einer Anomalie, sucht, Scheurl, Zeitschr. für gesch. R. W. XV. S. 20. 25. 48—50 [1848] den reichern Inhalt des Nießbrauchs auch dem usus, wenn gleich nicht regelmäßig, zu vindiciren. Vgl. §. 178 Note h. R.)

d) L. 10 pr. D. de usu (7, 8), L. 13 C. de usufr. (3, 33).

e) L. 1 §. 9 D. ad L. Falc. (35, 2), vgl. L. 5 D. de operis serv. (7, 7). — Abweichungen dieser beiden Servituten 1) vom Usus: Möglichkeit einer Uebertragung der Ausübung, §. 5 I. de usu (2, 5), L. 2 D. de usu et usufr. (33, 2); 2) vom Ususfructus: Ausschluß einer unentgeltlichen Uebertragung der Ausübung (wenigstens bey der habitatio), L. 10 pr. D. de usu (7, 8); 3) von beiden: Ausschluß der Endigung durch non usus und capitis deminutio, L. 10 pr. cit., L. 10 D. de cap. min. (4, 5), L. 2 L. de op. serv. (7, 7). Bey den operae Transmission des Legats (nicht schlechthin der Servitut) auf die Erben, L. 2 D. de usu et usufr. (33, 2), s. Puchta, Cursus d. Inst. II. §. 255 Note cc. Böcking, Pand. II. §. 168.

a) Man hat die heutige Anwendbarkeit der servitus usus bestritten, weil wir kein dem römischen vollkommen entsprechendes Wort hätten, Savigny, Beruf unserer Zeit S. 100 f. Diesem steht schon das Beispiel entgegen, daß uns die römischen Juristen durch die Anwendung bey dem Gebrauch der griechischen Sprache geben, L. 10 §. 1 D. de usu (7, 8): Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum? Et Papianianus lib. VII responsorum ait, usum esse, non etiam fructum relictum. Noch mehr aber der Umstand, daß eben gerade der Usus die reine Personalservitut ist.

b) L. 2—9. 12. 15 D. de usu (7, 8). So enthält z. B. der usus aedium die

Vermächtnisse bestellt, so können sich die Befugnisse des Usuarius in Folge der günstigeren Interpretation letztwilliger Dispositionen erweitern[c]). Der Usus kann aber auch beschränkt werden theils durch Abzug gewisser Gebrauchsarten, theils durch Reduction auf eine einzelne Gebrauchsbefugniß[d]). So weit die Benutzungsbefugniß des

Befugniß, mit seinen Angehörigen zu wohnen, nicht zu vermiethen, der usus silvae das Recht des Holzbezugs in der Quantität, die das Hauswesen des Berechtigten erheischt, dasselbe gilt von den Früchten eines Landguts. (Weiter geht Scheurl [vgl. §. 178 h. 183 c.], welcher in den Usus die Befugniß legt, die Sache als Mittel zur Erreichung jedes anderen mit ihrer Hülfe, jedoch ohne irgend welche Zueignung möglichen Vortheils anzuwenden, so jedoch, daß der Usus ausnahmsweise auch einen gewissen Fruchtbezug umfassen kann, wenn er nur nicht in einen wahren Gewinn des Usuars übergeht — während beim Ususfructus der Genuß jeder, namentlich auch zueignender Art Zweck ist. Eine andere Begriffsbestimmung versucht Bechmann, über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach R. R. (1861), indem er dem Usuar den Verbrauch der Früchte gestattet, und nur den Eigenthumserwerb ausschließt. Dieser Meinung ist Scheurl in Pözl's Vierteljahrsschrift III. S. 298—309 beigetreten. Dagegen verwerfen Arndts §. 182 Anm. 2 und Windscheid §. 207 Anm. 6 jede gleichförmige Gränzbestimmung und wollen auf den Willen im einzelnen Fall gesehen wissen. Die letztere Meinung entspricht den Entscheidungen des R. R. am vollständigsten. R.)

c) Solche (nicht auf eine Bestellung inter vivos auszudehnende) Interpretation enthalten L. 2 §. 1, L. 8. 12 §. 4, L. 22 pr. eod. Dagegen Böcking, Pand. II. §. 167 Note 24.

d) So kann als servitus usus vorkommen das Weiderecht, L. 4 D. de S. P. R. (8, 3), das Recht zu gehen, L. 6 D. de serv. leg. (33, 3), das Recht des Wasserbezugs ꝛc., L. 37 D. de S. P. R.: — — usum aquae personalem ad heredem Seii quasi usuarii transmitti non oportere. L. 14 §. 3 D. de alim. leg. (34, 1): Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus. nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta; nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus, personae tamen ei (l. eius), qui vicinus non est, (*non*) inutiliter relinquitur. in eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi. haec enim aqua personae relinquitur. Mühlenbruch (Archiv für civ. Pr. XV. 18) will hier überall s. g. irreguläre Realservituten verstehen. Ueber die angeführte Stelle und die in ihr nöthige Emendation s. Cuiac. ad L. 1 D. de S. P. R. (Opp. postum. IV. pr.) ad L. 4 eod. (Opp. post. I. p. 893 sqq.) Weitere Emendationsvorschläge: 1) haec enim aeque personae relinquuntur (Zachariae v. Lingenthal), 2) relicta, haec enim (nämlich servitus personae) aeque personae relinquitur: nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus (*ut*) servitus personae *etiam* ei, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur (Fuchs im prakt. Archiv IV. 15), 3) gänzliche Beseitigung des Zwischensatzes nam — relinquitur (Cohnfeldt S. 70). Gegen diese: Böcking §. 160. 162, Arndts §. 177 Anm. 2, Vangerow §. 339 Anm. 1. R.)

Usuarius reicht, ist der Proprietar davon ausgeschlossen[e]), er kann der Sache keine Servituten auflegen[f]), und auch sonst keine den Usuarius beeinträchtigende Verfügung über die Sache treffen[g]). Der Usus berechtigt zur Detention der Sache, aber zu keinerley Einwirkung auf dieselbe, wodurch sie entweder wesentlich verändert[h]), oder das Interesse des Proprietars beeinträchtigt würde[i]), und der Proprietar darf nicht abgehalten werden, die Früchte, deren die Sache ohne die Benachtheiligung des Usus fähig ist, zu beziehen[k]). Die Lasten der Sache liegen auf dem Usus, wenn dieser allein von ihr gemacht wird, außerdem sind sie von dem Fructus zu tragen[l]).

Mit dem Usus ist die Verbindlichkeit gegen den Proprietar ver-

---

Das Resultat selbst, Wasserbezug als Usus, kann ohnedieß nicht bezweifelt werden, denn warum sollte z. B. ein Brunnen nicht Gegenstand dieser Servitut seyn können? Nur muß man sich des abentheuerlichen Ausdrucks: Realservituten könnten auch als Personalservituten vorkommen, ganz enthalten, s. auch Löhr, Magazin III. S. 495 ff. (1820), Zachariä, über die s. g. irreg. Personalserv. Archiv für civ. Pr. XXVII. 1. (1844). (Dagegen: R. Cohnfeldt, die s. g. irregulären Servituten nach röm. Recht 1862, dessen Gründe gegen die Möglichkeit beschränkter Personalservituten S. 4. 26. 48 jedoch nicht ausreichen. Vgl. Schletter's Jahrb. IX. S. 21. Linde's Zeitschr. N. F. XX. Rundschau S. 7 f. Uebereinstimmend ist der sächs. Entwurf §. 617. 630. R.)

e) L. 22 §. 1 D. de usu (7, 8).

f) L. 15 §. 7 D. de usufr. (7, 1): Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. Adquirere plane servitutem eum posse. etiam invito fructuario, Iulianus scripsit. Quibus consequenter fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest, et si forte fuerint non utente fructuario amissae, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest. L. 16 eod.: Nisi qua deterior fructuarii condicio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere. (Die Gründe dieses Satzes sind: 1) die Regel servitus servitutis esse non potest: Vangerow §. 338 S. 694, dagegen ohne Noth: Arndts §. 179 Anm. 4; 2) die Unveräußerlichkeit der Personalservitut: Marezoll, krit. Jahrb. IV. S. 166, Böcking, Inst. §. 164 Anm. 4; 3) die Unzulässigkeit der in iure cessio an einen Extraneus: Zacharia, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV. S. 133, Keller, Civilpr. §. 24 S. 95 Note 292. Nur der dritte Grund fällt weg, die zwey andern und mit ihnen der Rechtssatz selbst dauern fort. Die Subtilität kann jedoch durch Remission gegen Rückempfang nach constituirter Servitut umgangen werden. Ihering, Jahrb. für Dogm. I. S. 34, Sintenis I. §. 59 Note 45, Arndts §. 180 Note 4, Windscheid §. 203 Note 18. R.)

g) L. ult. D. de usu (7, 8), L. 17 §. 1 D. de usufr. (7, 1).

h) L. 5 §. 2. 3 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 7 §. 3, L. 8. 13 §. 7, L. 44. 61 D. de usufr. (7, 1).

i) Vgl. L. 13 §. 4 eod.: Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet —.

k) L. 15 §. 1 D. de usu (7, 8).

l) L. 18 eod.

knüpft, das Recht mit möglichster Schonung auszuüben, und die Sache nach beendigtem Recht mit Ersatz jedes durch pflichtwidrige Benutzung entstandenen oder sonst verschuldeten Schadens zu restituiren. Wegen dieser Verbindlichkeiten ist der Proprietar Realcaution durch Bürgen zu fordern berechtigt[m]).

C. Usus fructus[a]).

§. 181.

Bey dem Nießbrauch kommt zu dem usus als Inhalt noch der fructus. Dieser giebt dem Usufructuar das ausschließliche Recht auf alle Erzeugnisse und Nutzungen, die unter den Begriff der Früchte (§. 37) fallen[b]), ohne Beschränkung auf sein persönliches Bedürfniß und mit dem Recht des Umsatzes in ein Aequivalent, also der Befugniß, die Ausübung seines Rechts einem Anderen zu überlassen[c]), auch zu verpfänden[d]). Das Recht erstreckt sich auf die Früchte, die zur Zeit seiner Entstehung noch nicht von dem Eigenthümer erworben (also noch nicht separirt) waren[e]), dagegen fallen die am Ende des Nießbrauchs von dem Usufructuar noch nicht erworbenen (also nicht percipirten) an den Proprietar[f]). Accessionen der Sache, soweit sie unter-

---

m) L. 5 §. 1, L. 11 D. usufr. qu. cav. (7, 9).

a) M. A. Galvini dissertationes variae de usufructu, zuerst 1650, G. Noodt, de usufr. lib. II, zuerst 1713. (Heimbach in Weiske's Rechtslexicon XI. S. 867—953. R.)

b) L. 9 §. 2. 3, L. 10. 11. 12 pr. 59 §. 1 D. de usufr. (7, 1), L. 32 D. de iure dot. (23, 3), L. 7 §. 13 D. sol. matr. (24, 3).

c) L. 12 §. 2, L. 38—40. 67 D. de usufr. (7, 1). (Nicht das Recht selbst, wie Dernburg in Linde's Zeitschr. N. F. II. 2 und Elvers §. 27. 28 behaupten. Der dem Rechte nach übertragene Nießbrauch wäre ein neuer und müßte nach dem Leben des Erwerbers bemessen werden. Vgl. Arndts in Linde's Zeitschr. N. F. VIII. 2. Pand. §. 178 Anm. 4. Die Actio braucht freilich deshalb noch nicht als cedirte angesehen zu werden: Windscheid, Actio S. 136. Pand. §. 205 Anm. 4. R.)

d) Darauf bezieht sich L. 72 D. de R. I. (50. 17): Fructus rei est vel pignori dare licere.

e) L. 27 pr. D. de usufr. (7, 1).

f) L. 13 D. qu. m. ususfr. (7, 4), vgl. L. 48 §. 1 D. de usufr. (7, 1). Wegen der juristischen Früchte s. L. 58 pr. eod.: Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis, quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante calendas martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi, rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die, secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum. L. 26 eod., L. 9 §. 1 D. loc. (19, 2). Vgl. Glück, Comment. IX. S. 329—345. (Streitfrage: über die Vertheilung der Grundgefälle. Vgl. Wächter, Erört. [1845] I. S. 72. 87. R.)



schieden werden können, sind dem Nießbrauch nicht von selbst unterworfen[g]). Die Befugnisse des Usufructuars können bey der Bestellung und durch nachherige Uebereinkunft beschränkt werden[h]). Der Usufructuar trägt die Lasten der Sache, namentlich die Abgaben, ordentliche und außerordentliche[i]), hat auch die Sache in gehörigem Stand zu erhalten[k]), kann sich aber von der Erfüllung dieser Verbindlichkeiten (abgesehen von dem Ersatz eines verschuldeten Schadens) durch Dereliction des Nießbrauchs befreien[l]).

Wegen jenes bedeutenden Umfangs des Usufructus ist die Existenz und Dauer der Proprietät um so sorgfältiger gegen jede Gefährdung zu wahren[m]). Im allgemeinen drückt die Schranken aus das uti frui boni viri arbitratu, worauf, nebst der Restitution am Ende des Nießbrauchs, die cautio usufructuaria geht[n]). Insbesondere soll

---

g) L. 9 §. 4 D. de usufr. (7, 1).

h) L. 1 §. 9 D. ad L. Falc. (35,2). (Abweichend: Cohnfeldt, irr. Serv. S. 27 f. Dagegen aber Linde, Zeitschr. N. F. XX. in der Rundschau S. 7 f. R.) Ueber die Frage: ob ein fructus siue usu möglich sey: L. 14 §. 1—3 D. de usu (7, 8): Ususfructus an frnctus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest, et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. Denique si tibi fructus dedncto usu legatus sit, inutile esse legatum, Pomponius lib. V. ad Sabinum scribit, et si forte usufructu legato frnctus adimatur, totum videri ademtum scribit. Sed si fructus sine usu videri constitutum [vulg. Sed si de fructu sine usu adimendo sensit, quare non dicamns nsum videri constitutum] qui et ab initio constitui potest. Sed si fructu legato usus adimatur, Aristo scribit, nullam esse ademptionem, qnae sententia benignior est. Usu legato si eidem fructus legetur, Pomponins ait, confundi eum cum nsu. Idem ait, et si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habere. Poterit autem apud alium esse usus, apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas, veluti si qui habet fundum, legaverit Titio nsum, mox heres eius tibi fructum legaverit vel alio modo constitnerit. L. 20 D. de usufr. (7, 1), L. 5 §. 2 D. usufr. qu. cav. (7, 9), L. 13 §. 3 D. de accept. (64, 4). Paul. sent. III. 6, 24; v. Löhr, Magazin III. S. 498 ff., Puchta, Cursus der Inst. II. §. 255 r. (Keller, über den fructus sine usn und L. 13 §. 3 de acceptilatione, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV. 5 [1849]. R.)

i) L. 7 §. 2, L. 27 §. 3—5, L. 52 D. de nsufr. (7, 1), L. 7 C. eod. (3, 33), L. 28 D. de usu et nsufr. (33, 2). (Auch die Versicherungsprämie für Gebäude, Seuffert's Archiv XV. 106, vgl. XIV. 7. Holzschuher II. 419. R.)

k) L. 9 §. 6, L. 18. 68 §. 2, L. 69. 70 D. de usufr. Ueber Reparaturen s. L. 7 §. 2, L. 65 eod., L. 9 §. 5, L. 10 D. de damno inf. (39, 2).

l) L. 48 pr. 64. 65 pr. D. de usufr. (7, 1).

m) Daher schon in die Definition des Rechts dieses Moment aufgenommen wird: ususfructus est ius alienis rebus uteudi fruendi salva rerum substantia, L. 1 D. eod. (Wegen der Verbindlichkeiten durante usufructu ist schon während des Nießbrauchs Klage möglich. L. 1 §. 6 D. de usnfr. quemadm. cav. (7, 9). Seuffert's Archiv X. 234. R.)

n) Dig. VII. 9: usnfructuarius quemadmodum caveat. Von dieser Realcau-

jener Grundsatz das Maß der Nutzung, welches nicht wie beym Usus in dem unmittelbaren Bedürfniß eine Gränze hat, bestimmen; wie jede Art der Benutzung, welche die Sache zum Nachtheil des Proprietars verändern würde[o]), so ist auch jedes Uebermaß, das der Substanz der Sache gefährlich wäre, ja sogar die Ueberschreitung des Maßes, welches der Eigenthümer beobachtete, dem Usufructuar untersagt[p]),

---

tion sind befreit: 1) Fiscus und respublicae (§. 79 Note d); 2) der Ehemann wegen eines zur Dos gegebenen Usufructus, L. 2 C. de fidei. dot. (5, 20); 3) der Vater wegen des gesetzlichen Nießbrauchs an den Adventitien, L. 8 §. 4 C. de bon. qui lib. (6, 61); 4) der zur zweiten Ehe schreitende und dadurch die Proprietät gewisser Güter verlierende Ehegatte hinsichtlich der Immobilien, nach L. 6 §. 1 C. de sec. nupt. (5, 9), die ihn zur Caution für die Mobilien verpflichtet, und damit, wie man annehmen muß, in Beziehung auf die Immobilien befreit; 5) der Usufructuar, dem ex die die Proprietät bestimmt ist, L. 9 §. 2 D. h. t.; 6) nach einer wohlbegründeten Praxis der Schenker, der sich den Nießbrauch vorbehalten hat. — Natürlich kann übrigens die Caution von dem Proprietar erlassen werden, nur kann der den Usufructus bestellende Testator sie nicht zum Nachtheil des Erben erlassen, L. 7 C. ut in poss. legat. (6, 54), L. 6 pr. D. eod. (36, 4), L. 1 C. de usufr. (3, 33). (Die Gründe dieses Rechtssatzes sind in der Lex Iulia et Papia Poppaea, der Lex Iulia vicesimaria und der Lex Falcidia zu suchen: die beiden ersten sind aufgehoben, die dritte kann der Testator verbieten, Nov. 1 cap. 2. Gleichwohl wird die Fortdauer der Vorschrift vertheidigt von Holzschuher II. 409, Sintenis I. §. 59 Note 39, Brinz I. S. 269, vgl. auch Seuffert's Archiv IV. 206, IX. 137. R.)

o) L. 13 §. 4. 6. 8, L. 14. 15 §. 1, L. 27 §. 1. 2 C. de usufr. (7, 1), L. 13 §. 5 eod.: Inde est quaesitum an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit, ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit quam in vineis, vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt, forsan etiam haec deiicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem. Nicht einsehend, daß das Princip unter Umständen einem Usufructuar größere Veränderungen erlauben, unter anderen geringere untersagen kann (vgl. Hagemeister in Hugo's civ. Mag. III. Nr. 13, Keil, Archiv für civ. Pr. XXXV. [1852] Nr. 11. R.), hat man diese Stelle im Widerspruch mit anderen geglaubt, und diesem theils kritisch, durch veränderte Interpunction (Feuerbach, civ. Versuche 4), theils durch eine unstatthafte Auslegung der Worte: si quidem etc. (v. Madai, Archiv für civ. Pr. XV. 16), (theils endlich durch Beschränkung der letzten Stelle auf einzelne Ackerstücke des benutzten Guts, Sintenis, Civilrecht §. 59 Note 22. R.) abhelfen wollen.

p) L. 9 §. 7 D. eod.: Instrumenti autem fructum habere debet, vendendi tamen facultatem non habet. Nam et si fundi nsusfructus fuerit legatus, et si ager unde palo in fundum, cuius ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice, vel harundine, puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat; nisi forte salicti ei, vel silvae palaris, vel harundineti usnsfructus sit



nur daß diese letztere Beschränkung nicht das unmittelbare Bedürfniß des Berechtigten verkürzt, weil sie nur dem fructus, nicht dem usus gesetzt ist [q]).

D. Quasiususfructus [a]).

§. 182.

Usus und Ususfructus sind an sich nur an Sachen denkbar, denn sie sind Rechte an Sachen, und nur an solchen, bey denen eine Fortdauer der Proprietät neben der Benutzung möglich ist, also nicht an verbrauchbaren Sachen (§. 36). Durch die Vorschrift aber, daß die Bestellung des Ususfructus (oder Usus, was hier gleich ist) [b]) an allen Bestandtheilen des Vermögens aufrecht erhalten werden soll, ist ein dem wahren Ususfructus analoges Verhältniß entstanden [c]), welches in Absicht auf Entstehung, Endigung und Caution wie ein Ususfructus behandelt wird [d]), seinem Inhalt nach aber in der Verbindlichkeit des Quasiusufructuars, in dessen Vermögen der Gegenstand übergeht, besteht, finito usufructu die gleiche Quantität oder die Aestimation zu restituiren [e]). Die Gefahr des Zufalls, die der wahre Usufructuar nicht trägt, ist es besonders, welche die Frage, ob ein verus oder quasi ususfructus vorliege, wichtig macht [f]). Ein Nießbrauch an Capitalien (wenn

---

legatus, tunc enim et vendere potest. Nam et Trebatius scribit, silvam caeduam et harundinetum posse fructuarium caedere, sicut paterfamilias caedebat, et vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti. ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi. L. 10. 11. 59 §. 2 eod. Vgl. Laspeyres, vom Nießbrauch an Waldungen, Archiv für civ. Pr. XIX. 4 (1836). (Zachariä v. Lingenthal, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XV. 4 Nr. 2 [1851]. Genauere Bestimmungen giebt Böcking, Pand. II. §. 164 [1855]. R.)

q) Note p. L. 12 pr. D. eod.

a) Dig. VII. 5: de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. (Ph. Held, die Lehre vom ususfr. ear. rer. q. usu consumuntur vel minuuntur. 1848. R.)

b) L. 5 §. 2, L. 10 §. 1 eod.

c) L. 1. 2. eod., L. 3 eod.: Post quod omnium rerum ususfructus legari poterit. An et nominum? Nerva negavit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva ipsi quoque debitori posse usumfructum legari scribit, et remittendas ei usuras.

d) L. 9. 10 pr. eod., L. 7 §. 1 D. usufr. qu. cav. (7, 9).

e) L. 5 §. 1, L. 7 D. de usufr. ear. rer. (7, 5).

f) Eine alte Streitfrage ist die, welcher Art der Nießbrauch an Gewändern und dergl. sey? Das römische Recht zeigt, daß sie nicht geradedurch, sondern nach den besonderen Umständen des Falls zu entscheiden ist, §. 2 I. de usufr. (2, 4), L. 15 §. 4. 5 D. eod. (7, 1), L. 9 §. 3 D. usufr. qu. cav. (7, 9). (Vgl. Held §. 10, Elvers S. 191. 593 f., Arndts in Haimerl's Vierteljahrsschr. V. 4. Pand. §. 181. Anm. 3. R.)

nur überall ein dem Nießbrauch zu vergleichendes Recht beabsichtigt ist) muß stets ein Quasiususfructus seyn, denn nomina sind keine Sachen, und auch in Beziehung auf das Periculum ist er wie ein anderer Quasiususfructus zu behandeln[g]).

III. Realservituten[a]).

A. Allgemeine Grundsätze[b]).

§. 183.

Realservituten sind Servituten für Grundstücke an Grundstücken[c]). Der Inhalt derselben muß 1) dem herrschenden Grundstück einen Vortheil gewähren, was vermöge der Servitut geschieht, muß für das

g) L. 24 pr. D. de usu et usufr. (33, 2), L. 1 C. de usufr. (3, 33). (F. Steinberger, über den ususfructus nominis, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. XI [1854] Nr. 5, Dunker im prakt. Archiv VI [1859] 6, Elvers S. 596—601, Böcking II. S. 259. 260, Sintenis I. S. 564, Windscheid §. 206 Anm. 9. R.) Soll der zu dem Genuß eines Capitals Angewiesene gar keinen Einfluß auf das Capital selbst erhalten, so ist das Verhältniß gar nicht als Ususfructus, weder verus noch quasi zu betrachten. Dieß übersieht Mühlenbruch, Cession S. 497 f. Note 15, welcher unbegreiflicher Weise in L. 24 pr. cit. den Ausspruch findet, dem usufructuarius omnium bonorum gebühre nur das Recht auf die Zinsen von den Capitalien. Die Stelle lautet: Uxori fructu bonorum legato foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex S. C. cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis, tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur, aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.

a) Inst. II. 3: de servitutibus praediorum. Dig. VIII. 1: de servitutibus. 2: de serv. praediorum urbanorum. 3: de serv. pr. rusticorum. 4: communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. Cod. III. 34: de servitutibus et aqua.

b) Puchta, Cursus der Inst. II. §. 253.

c) (Aus dieser Verbindung folgt jedoch weder, daß die Grundstücke, noch daß das Grundeigenthum Subject der Prädialservitut sey. Ersteres behauptet Böcking, Inst. §. 62 d. Pand. I. §. 3. Dagegen: oben §. 28 l, Elvers I. S. 95 f., Kuntze in der Hdlb. krit. Ztschr. I. S. 549 f., Arndts §. 41 Anm. 5. §. 183 Anm. 1; Replik: Böcking, Inst. §. 161 Anm. 12. Aber auch hier sind Eigenschaften mit Rechten der Grundstücke verwechselt (L. 86 D. de V. S. 50, 16). Letzteres stellt Brinz I. §. 69 und Arndts a. a. O. auf: allein ius praedii bezeichnet nur die Verbindung mit dem Grundstück, der Berechtigte ist einzig die natürliche Person, wenngleich nur als Eigenthümerin des Grundstücks: L. 2 pr. D., L. 9 pr., L. 12, L. 14 §. 1 D. si serv. (8, 5), L. 34 pr. D. de S. P. R. (8, 3). Vgl. Vorles. 5. Aufl. §. 183 Anm. 1. — Die Grundstücke müssen des Privateigenthums fähig (L. 1 §. 1, L. 4 D. 13 pr. D. comm. praed. 8, 4), aber sie brauchen ihm nicht unterworfen zu seyn und gehen daher durch Dereliction desselben nicht verloren, da eine Qualität der Sache durch Aufgeben des Rechts nicht aufgehoben wird. R.)

Grundstück geschehen[d]), und er geht daher auch nie über das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks hinaus[e]). Wie also der Inhalt durch dieses Bedürfniß bestimmt wird, so wird er auch verschieden seyn nach der Verschiedenheit des herrschenden Grundstücks, soweit diese eine Verschiedenheit der Bedürfnisse in sich schließt. Dieß ist der Sinn der Eintheilung in servitutes praediorum urbanorum (Servituten für Gebäude) und servitutes praediorum rusticorum (Servituten für Feldgrundstücke)[f]). Es ergiebt sich daraus, daß, wenn gewisse Befug-

---

d) L. 1 §. 1 D. comm. praed. (8, 4), L. 4. 6 §. 1, L. 36 D. de S. P. R. (8, 3), L. 8 pr. D. de serv. (8, 1): Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. L. 19 eod.: Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicni ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. (Vgl. §. 178 Note h). L. 3 pr. D. de aqua (43, 20): Eo iure utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci possit. (Elvers S. 138 f. R.)

e) L. 5 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3): Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat, et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. L. 6 pr. eod. (Elvers S. 220 f. R.)

f) L. 1 pr. §. 1 D. comm. praed. (8, 4), §. 1 I. de serv. (2, 3). Wegen L. 2 pr. D. de S. P. R. (8, 3) s. die Erklärung in Puchta, Cursus der Inst. II. §. 253 Note h (die auch schon v. d. Pfordten, Archiv für civ. Pr. XXII. S. 18 hat). — Die gewöhnliche Ansicht bezieht die Eintheilung auf das herrschende Grundstück, aber mit Ignorirung ihres Einflusses auf den Inhalt der Servituten. Dagegen modificirt den Begriff von dem Inhalt ausgehend v. d. Pfordten, Archiv XXII. 2. (1839). Einige (Stever, de serv. praed. 1817, v. Vangerow, Leitfaden I. §. 339) heben den Unterschied der Servituten heraus, daß sie die Befugniß geben, entweder 1) eine Vorrichtung auf dem dienenden Grundstück zu haben, oder 2) sonst etwas darauf vorzunehmen, oder 3) etwas zu verbieten, und glauben nun nicht blos, daß dieser Unterschied mit jener Eintheilung zusammentreffe, indem 1 und 3 bey den S. P. U., 2 bey den S. P. R. vorkomme, sondern daß er mit ihr identisch sey, d. h. also: die Römer hätten mit der Eintheilung in servitutes pr. urb. und rust. gesagt, was sie nicht gewollt, und gewollt, was sie nicht gesagt hätten. (Kindervater in Bekker's Jahrb. VI. 4. (1862) S. 133. 139 glaubt schon in den Quellen eine Einmischung der Eintheilung in servitutes quae in solo und quae in superficie consistunt (L. 3 D. de servit. 8, 1) wahrzunehmen und Ihering, Geist des R. R. II. S. 235 Note 258 will sogar beide Eintheilungen identificiren: „eine S. P. U. bestellen hieß bey den Römern eine Servitut auf die Dauer eines Gebäudes beschränken." Aber selbst die dafür angeführte L. 13 pr. D. de S. P. R. (8, 3) und ebenso die L. 20 §. 2 D. de S. P. U. (8, 2) steht einer solchen Beschränkung entgegen, sie würde zu einer Servitut für eine superficies führen, die iure civili gar keine selbstständige Sache ist. L. 1 §. 9, L. 2 D. de superf. 43, 18. R.) — Nach der herrschenden Meinung hat diese Eintheilung noch eine secundäre Wirkung durch

nisse im allgemeinen als Inhalt beider Classen vorkommen können[g]), sie doch in beiden Fällen einen verschiedenen Charakter annehmen, und daß daher die Grundsätze von einer servitus praedii rustici nicht schlechthin Anwendung finden, wenn eine ähnliche Befugniß als servitus praedii urbani constituirt wird[h]). 2) Der Vortheil muß von dem dienenden Grundstück, also durch eine ihm inwohnende Eigenschaft (perpetua causa der Servitut) gewährt werden[i]). Aus diesen Erfor-

---

verschiedene Behandlung der Servituten in gewissen Beziehungen, je nachdem sie zur einen oder anderen Classe gehören, s. z. B. §. 190. 195. Dagegen erklärt sich Zachariä: über die Unterscheidung zwischen serv. rusticae und urbanae 1844, indem er das, was in dieser Hinsicht von den serv. pr. rust. überhaupt behauptet zu werden pflegt, nur von einigen derselben gelten lassen will. (Vgl. Rudorff, in Richter's Jahrb. 1844. S. 380 ff. R.)

g) L. 11 §. 1 D. de publ. act. (6, 2), L. 20 §. 1 D. de S. P. U. (8, 2), L. 7 §. 1, L. 14 D. comm. pr. (8, 4), L. 1 §. 11 D. de aqua (43, 20), L. 1 §. 1 D. de itin. (43, 19). (Darauf ist L. 2 pr. D. de S. P. R. (8, 3): Rusticorum (sc. etiam) praediorum servitutes sunt licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium vel protectum habere licere zu beziehen. R.)

h) Die gewöhnliche Behauptung: eine S. P. R. könne auch als S. P. U. constituirt werden (was man dann wohl eine irreguläre Servitut genannt hat), enthält einen Widerspruch. (Vgl. jedoch Cohnfeldt, die s. g. irregulairen Servituten (1862) S. 91 f., Windscheid §. 210. Nach beiden würde die Irregularität nur darin bestehen, daß eine S. P. R. einem Gebäude bestellt würde, und umgekehrt: Identität des Inhalts wird nicht behauptet. R.)

i) L. 28 D. de S. P. U. (8, 2): Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat. Neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit; at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. L. 1 §. 5 D. de aqua (43, 20): — nulla enim alia aqua duci potest nisi quae perennis est. L. 1 §. 4 D. de fonte (43, 22): — cisterna non habet perpetuam causam —. L. 2 D. comm. praed. (8, 4): De aqua per rotam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hae servitutes non essent. Sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adiicitur, licet servitus iure non valuit, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocunque legitimo modo sibi hoc ius adquisivit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit. L. 9 D. de S. P. R. (8, 3): Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest, hodie tamen ex quocunque loco constitui solet. L. 23 §. 1 eod., L. 13 pr. comm. praed.: Venditor fundi geroniani fundo botroiano quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per sti-

dernissen folgt, 3) daß beide Grundstücke in einem örtlichen Verhältniß zu einander sich befinden müssen, welches die Gewährung des Vortheils von dem einen an das andere möglich macht (praedia debent esse vicina)[k].

Die Ausübung der Realservituten besteht entweder in einem ununterbrochenen dauernden Zustand, oder in einzelnen, dem Berechtigten zuständigen Handlungen, jene nennt man servitutes continuae, diese discontinuae[l]). Die Zahl der Realservituten ist unbestimmt, das wechselnde Bedürfniß kann immer neue, aber nur in den Gränzen der obigen Erfordernisse, hervorbringen.

B. Servitutes praediorum urbanorum.

§. 184.

Die Servituten für Gebäude sind theils positive, theils negative. Jene sind mit einer gewissen Vorrichtung des herrschenden Grundstücks verbunden, in der sie sich gewissermaßen körperlich darstellen, und die sich entweder unmittelbar auf das dienende Grundstück erstreckt oder nur in ihren Wirkungen darauf Einfluß hat.

Einige Servituten haben den Zweck, dem herrschenden Gebäude an dem dienenden einen Stützpunkt zu verschaffen, sey es durch Einlassung eines Balkens oder Steins in die fremde Mauer (serv. tigni immittendi)[a]), oder durch Auflegung auf dieselbe (serv. oneris ferendi). Bey dieser Servitut ist angenommen worden, daß zu ihrem Inhalt auch das Recht gehört, von dem Eigenthümer des dienenden Gebäudes die nöthige Reparatur der Mauer zu fordern[b]). Es ist dieß

---

pulationis vel venditionis legem obligantur. (Elvers S. 151 f. Die heutige Anwendbarkeit läugnet Schmidt in Bekker's Jahrb. III. S. 261—264 Anm. 28. Vgl. aber dagegen Windscheid §. 209 Anm. 7. 8, Vangerow S. 711, Seuffert's Archiv VIII. 17. R.)

k) L. 1 pr. 38. 39 D. de S. P. U. (8, 2), L. 5 §. 1, L. 7 §. 1, L. 38 D. de S. P. R. (8, 3), L. 7 §. 1 D. comm. pr. (8, 4), L. 5. 6 pr. D. si serv. (8, 5), L. 6 pr. D. comm. praed.: Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his, quae traduntur, vel contra ut traditae retentis aedibus serviant, parvique refert vicinae sint ambae aedes an non. Idem erit et in praediis rusticis, nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Duas autem aedes simul tradendo non potest efficere alteras alteris servas, quia neque adquirere alienis aedibus servitutem, nequs imponsre potest. (Elvers S. 166 f. R.)

l) Vgl. L. 14 pr. D. de serv. (8, 1).

a) L. 2. 6 D. de S. P. U. (8, 2), L. 8 §. 1. 2 D. si serv. (8, 5).

b) Die Reparatur durch den Servitutberechtigten, die bei anderen Servituten Statt findet, würde bey dieser Inconvenienzen für den Eigenthümer haben.

keine Ausnahme von dem Grundsatz: servitus in faciendo consistere non potest (§. 178), der keine Ausnahme haben kann, sondern der Eigenthümer stellt dem herrschenden Grundstück eine taugliche Mauer, also wenn diese untauglich geworden ist, eine reparirte[c]). Der Grundsatz ist dadurch festgehalten, daß der Eigenthümer das herrschende Gebäude während der Reparatur nicht zu stützen braucht, und daß er sich durch Dereliction der belasteten Sache befreien kann[d]).

Einige Servituten haben den Inhalt, das Recht einer Fortsetzung des herrschenden Gebäudes in den Luftraum des Nachbarn zu geben. Der allgemeine Name dafür ist serv. proiiciendi, auf das Dach beschränkt ist es die serv. protegendi[e]).

Andere geben die Befugniß, etwas von und aus dem herrschenden Gebäude auf oder über das dienende Grundstück wegzuschaffen, so das Regenwasser, im Tropfenfall (serv. stillicidii avertendi s. immittendi), oder in einen Strom gesammelt (serv. fluminis recipiendi)[f]), den Rauch oder Dampf (serv. fumi etc. immittendi)[g]), den Unrath entweder durch das dienende Grundstück abzuführen (serv. cloacae mittendae[h]), oder das Behältniß desselben unmittelbar an der Wand des Nachbarn zu haben[i]).

---

c) Bey der serv. tigni ist diese Reparaturpflicht nicht angenommen, weil in den Worten der Servitut keine tragbare Mauer oder Wand liegt, L. 8 §. 2 eod. (Uebereinstimmend: Böcking §. 160 Note 15, Sintenis §. 57 Note 4, gewissermaßen auch Elvers S. 55 f. Anders Schmidt (v. Ilmenau) in Bekker's Jahrb. III. S. 258 Anm. 23, Vangerow §. 342 Anm. 2, Windscheid §. 211 a. Anm. 3: mit Recht, denn auch das reficere ist ein facere. R.)

d) L. 6 §. 2—7, L. 8 pr. §. 2 eod., L. 33 D. de S. P. U. (8, 2). Vgl. über die s. on. fr. auch Mühlenbruch, Archiv für civ. Pr. XIV. 14 (1831). (Dieser sieht jedoch in dem Zusatz mit Unrecht eine Obligation, nach Art der cautio damni infecti, denn die Klage ist die dingliche Confessoria (ius sibi esse cogere adversarium, reficere parietem ad onera sua sustinenda), jeder Mitberechtigte hat sie in solidum und sie geht gleich einer Reallast gegen den dritten Besitzer; in allen diesen Beziehungen von der cautio d. inf. abweichend. L. 17 §. 2 D. si serv. (8, 5), L. 27 D. de damno inf. (39, 2). R.)

e) L. 2 eod., L. 242 §. 1 D. de V. S. (50, 16), vgl. L. 22 §. 4 D. quod vi (43, 24).

f) L. 2. 17 §. 3, L. 20 §. 3—6, L. 28 D. de S. P. U. (8, 2). Vgl. Weiske, Erört. der Grundsätze vom Traufrecht, Behandlung einiger civilr. Gegenst. 1829 Num. 4.

g) L. 8 §. 5—7 D. si serv. (8, 5). Funke, Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmat. 1852 No. 3. R.)

h) L. 7 D. de serv. (8, 1), L. 1 §. 4 de cloac. (43, 23). (Das Recht, eine Düngerstätte (sterculinum) an der fremden Wand zu halten, ist mehr ländliche Servitut. L. 17 §. 2 D. si serv. (8, 5). R.)

i) L. 17 §. 2 D. si serv. (8, 5).

Noch andere sollen dem herrschenden Grundstück einen Vortheil sichern, der ihm durch eine auf dem dienenden vorgenommene Veränderung entzogen werden könnte. Die vornehmsten Fälle beziehen sich auf Licht und Aussicht[k]). Dieses wird in der Regel der Zweck der servitus altius non tollendi seyn, nur daß hier nicht der Zweck selbst, sondern lediglich der beeinträchtigende Umstand, der ausgeschlossen werden soll (das Höherbauen), ausgedrückt wird[l]). Direct auf jenen Zweck sind gestellt die serv. ne luminibus und ne prospectui officiatur, wodurch alle Veränderungen irgend einer Art, die eine Minderung des Lichts und der Aussicht zur Folge haben würden, ausgeschlossen sind[m]). Auch das Recht, durch Fenster in der fremden Wand Licht zu erhalten, kommt vor[n]).

Endlich werden Servituten erwähnt, deren Inhalt die Befreiung von einer Beschränkung ist: serv. stillicidii s. fluminis non recipiendi, serv. altius tollendi, serv. officiendi luminibus[o]). Die Bedeutung dieser Servituten ist sehr bestritten. Sie lassen sich auf eine doppelte Weise denken. Erstens gegenüber einer bestehenden serv.

---

k) Ein sonstiges Beispiel giebt L. 15 pr. D. de serv. (8, 1): — si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia, sofern diese Servitut als S. P. U. gedacht wird.

l) L. 2. 4 D. de S. P. U. (8, 2), L. 12 eod.: Aedificia, quae servitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt, at si de prospectu est, eaque obstatura sunt, non possunt.

m) L. 3. 4. 15. 16. 17 pr. §. 1. 2, L. 23 pr. eod., §. 2 I. de action. (4, 6). Auch zum Vortheil leerer Grundstücke: Seuffert §. 164 Anm. 2, Arndts §. 185 Anm. 5. Eine von der s. ne prosp. off. verschiedene serv. prospectus giebt es nicht, in L. 12 D. de S. P. U. (Note l) beziehen sich die Worte: si de prospectu est, auf die s. altius non tollendi, die Licht oder Aussicht zum Zweck haben kann.

n) L. 8 C. de serv. (3, 34), L. 40 D. de S. P. U. (8, 2). Eine solche Servitut kann auch für den Fall der künftigen Errichtung einer Mauer bestellt werden. So scheint denn jenes Recht unter der servitus luminum in L. 4 eod. verstanden werden zu müssen, mag man in der Beschreibung: ut vicinus lumina nostra excipiat, das excipere als aufnehmen oder freilassen erklären. Die unendlich verschiedenen Meinungen über diesen Punkt, der ungeachtet seiner juristischen Bedeutungslosigkeit (bey Manchen vielleicht gerade deshalb) sogar zum Gegenstand von Monographien gemacht worden ist, s. u. a. bei Vangerow, Leitfaden I. S. 658—663. (Die römischen Fenster waren regelmäßig Innenfenster nach dem Atrium, nur ausnahmsweise Außenfenster nach der Straße oder dem Nachbar. Danach richtet sich der Inhalt der serv. ne luminibus officiatur. Auch die 12 pedes intermedii der Zenonischen Bauordnung sind etwas Anderes als die modernen gemeinschaftlichen Winkel. L. 12 C. de aedif. priv. (8, 10). Stölzel, über Fensterrecht, Archiv für civ. Pr. LII. N. F. II (1869) Num. VIII. S. 206—238. R.)

o) L. 2 D. de S. P. U. (8, 2), L. 2 pr. D. de S. P. R. (8, 3), L. 7 §. 1 D. comm. praed. (8, 4), L. 26 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2), §. 1 I. de servit. (2, 3), §. 2 I. de action. (4, 6).

still. recip., altius non tollendi, lum. non officiendi (Theophil. ad §. 1 I. de servit.). Aber nicht als Befreiung von diesen Servituten schlechtweg (wie sich Viele auf und ohne die Autorität des Theophilus dabei beruhigt haben)[p]), denn die Aufhebung einer Servitut wäre eben nur dieses, nicht eine neue entgegengesetzte Servitut; das Recht, höher zu bauen rc., welches ich aus meinem Eigenthum ableite, mache ich mit der Negatoria, nicht mit der Confessoria geltend[q]). Es sind zwey Fälle der serv. altius tollendi etc. gegenüber einer serv. altius non tollendi etc. möglich[r]): 1) zum Zweck der Beschränkung der letzteren (die wegen Untheilbarkeit der Servituten nicht direct möglich ist)[s]), 2) als Nachtheil für den Eigenthümer, der sich auf die Confessoria aus der serv. altius non tollendi nicht einlassen will, und darum künftig, wenn er bauen will, angehalten wird, sein Recht, höher zu bauen, klagweise, mit dem Beweis einer besonderen Erwerbung dieses Rechts (also nicht mit der Negatoria, sondern mit einer Confessoria, zu welchem Behuf eine serv. altius tollendi angenommen wird), auszuführen[t]). Zweitens sind jene Servituten aber auch ohne eine gegenüberstehende Servitut entgegengesetzten Inhalts denkbar, wenn nämlich dadurch eine sonstige Beschränkung aufgehoben wird, so wenn das Höherbauen rc. von dem Nachbar vermöge einer zu seinem Vortheil den Bauenden beschränkenden Rechtsvorschrift verhindert werden könnte[u]), oder wenn es die Last einer servitus oneris

---

p) So z. B. auch noch Vangerow, Leitfaden I. §. 342.

q) L. 4 §. 7, L. 8 §. 6 D. si serv. (8, 5), vgl. L. 9. 10 D. de S. P. U. (8, 2), L. 8. 9 C. de serv. (3, 34). Es ist nicht abzusehen, warum dieß anders seyn sollte, wenn nie eine hindernde Servitut, anders, wenn eine solche einmal bestand, die jetzt aufgehoben ist.

r) Puchta, Cursus der Inst. II. §. 253 bei dd.

s) L. 21 D. de S. P. U. (8, 2). (L. 26 pr. D. de exc. rei iud. (44, 2). (So Böcking, §. 171, Elvers §. 39, Vangerow I. §. 342 Anm. 3 und die daselbst S. 831 Angeführten. Dagegen: Windscheid §. 211 a Anm. 11. „Diese Auffassung – macht dem R. R. den Vorwurf einer Begriffsnachlässigkeit, da das Dienstbarkeitsrecht als Erweiterung des Eigenthums am herrschenden Grundstück wohl erscheinen mag, aber eine solche nun einmal nicht ist; bei der gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung ist dieß anders, durch dieselbe wird in der That dem Eigenthumsrecht ein anderer Inhalt gegeben", allein die „Begriffsnachlässigkeit" dürfte auf Seite der Neuern seyn §. 144 a §. 172 c und practisch ist zwischen der Confessoria und der formell bedenklichen Negatoria kein Unterschied. R.)

t) L. 15 D. de O. N. N. (s. §. 172 Note d).

u) Vgl. L. 11 pr. D. de S. P. U. (8, 2), L. 12 §. 1–4, L. 13 C. de aedif. priv. (8, 10). (Vgl. die Aufhebung der Legalservitut der aqua pluvia arcenda durch eine entgegenstehende servitus aquae recipiendae L. 2 §. 10 D. de aqua pluv. [39, 3.] R.) Nur darf man nicht an polizeiliche Verordnungen denken, die um des öffent-

ferendi oder tigni immittendi vergrößern würde, und aus diesem Grund von dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks untersagt werden dürfte[v]).

C. Servitutes praediorum rusticorum.

§. 185.

Es handelt sich hier um Servituten für Grundstücke ohne Gebäude oder bey denen, wenn sie Gebäude enthalten, diese doch nur die Accession bilden. Die Servitut soll die Benutzung eines solchen Grundstücks vermehren, erleichtern, vielleicht (wie bey den Wegeservituten) erst möglich machen, aber nicht jede Benutzung, sondern nach dem Wesen der Realservituten (§. 183) eine von der Persönlichkeit des Eigenthümers unabhängige, also in der natürlichen Beschaffenheit und Productivität des Grundstücks gegründete[a]). Was sodann das dienende Grundstück anlangt, so kann der Vortheil, in dem der Inhalt der Servitut besteht, schon durch den Grund und Boden selbst oder durch die Producte desselben gewährt werden.

Zur ersten Classe gehören die Wegeservituten[b]). Drey kommen im römischen Recht vor[c]). Die serv. viae enthält das Recht eines hergerichteten Wegs, einer Straße (wovon sie daher den Namen hat),

---

lichen Interesses willen die Befugnisse des Eigenthümers beschränken, und von denen ihrer Natur nach eine Privatdisposition nicht befreien kann. (Dieser Erklärung geben H. Witte, Ztschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. S. 396, Windscheid §. 211 a Anm. 11, Arndts §. 185 Anm. 6 und Andere bei Vangerow: I. S. 834. 835 angeführte Schriftsteller den Vorzug. Andere Ansichten s. bey H. Pernice, comm. duae p. 149, Keller, Pand. §. 172, Vangerow I. S. 835. c. d. R.)

v) L. 24 D. de S. P. U. (8. 2), L. 7. 8 D. si serv. (8, 5). Eine noch einfachere Entstehung der serv. altius tollendi etc. hat Scheurl, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 7, 2 (1844) aufgestellt. Er denkt sich dieselbe so, daß der Hauseigenthümer die schon in seinem Eigenthum liegende Befugniß sich noch durch einen besonderen Vertrag mit seinem Nachbar garantirt, ihr dadurch die Form einer Servitut giebt und sich die actio confessoria verschafft. Dabey ist mir nur, wenn man von den im Text gegebenen Veranlassungen absieht, bedenklich, daß sich, alles erwogen, kein rechter Vortheil für den Hauseigenthümer herausstellen will. Offenbar ist die Confessoria für ihn nicht vortheilhafter, als die Negatoria, die er außerdem hätte, und auch im Besitzstreit wird ihn der Quasibesitz der Servitut schwerlich weiter führen, als der Besitz des Hauses.

a) Ein Recht, wodurch lediglich ein Gewerbe, das der Eigenthümer auf dem Grundstück treibt, unterstützt wird, kann als Personalservitut, aber nicht als servitus praedii gedacht werden, so wenig als das spatiari etc. in L. 8 pr. D. de serv. (§. 183 Note c).

b) Puchta, Kleine civil. Schriften S. 74 ff.

c) Außerdem noch ein Wasserweg, L. 23 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3).

die in Ermangelung besonderer Bestimmung auf eine Breite von 8 Fuß geradeaus, und auf die doppelte, wo sich der Weg bricht, angenommen wird, mit beliebiger Benutzung zum Gehen, Reiten, Treiben, Fahren, ja auch zum Schleifen (da daraus nur dem Servitutberechtigten selbst ein Nachtheil erwachsen kann) und zum Aufrechttragen von Stangen u. dgl.[d]). Die serv. itineris, die das Recht zu gehen, zu tragen, zu reiten enthält (wenn sie nicht willkürlich auf eines oder einige dieser Befugnisse beschränkt wird), und die serv. actus, welche außer diesen Befugnissen auch noch die des Fahrens und Viehtreibens (auch hier unter jener Voraussetzung) enthält, unterscheiden sich von der via durch den Mangel eines hergerichteten Wegs, und dieß wird auch dadurch nicht geändert, daß eine bestimmte, nicht beliebig zu verändernde Richtung für ihre Ausübung über das dienende Grundstück angewiesen ist, auf welche Beschränkung der Eigenthümer, wenn er sie in seinem Interesse findet, antragen kann[e]). Die heutige Anwendung bestimmt sich so[f]). Ist die Beschränkung auf einen bestimmten Ort für die Ausübung beabsichtigt, und ein Fahrweg bestellt, so ist die Servitut als via zu behandeln, wenn nicht eine eigentliche Straße (durch die der von ihr eingenommene Raum der sonstigen Benutzung ganz entzogen wird) versagt seyn soll, in welchem Fall der Fahrweg als actus zu erklären ist; ein Viehtrieb ist als actus (ohne das Recht zu fahren, das sonst im actus liegt), ein Fußweg als iter zu beurtheilen. Soll aber die Servitut nicht auf einen bestimmten Platz beschränkt seyn, so ist sie immer entweder actus oder iter, je nach den gegebenen Befugnissen. — Auf den Boden allein beziehen sich auch die Servituten, deren Inhalt in der Niederlage von Gegenständen und in sonstigen Vorrichtungen auf dem dienenden Grundstück (z. B. zur Unterbringung von Erzeugnissen des herrschenden) besteht[g]).

Auf Producte des dienenden Grundstücks beziehen sich die Wasserrechte[h]), sofern sie Wasser, das es hervorbringt, zum Gegenstand

---

d) L. 1 pr. 7 pr. 8. 13 §. 3 eod., L. 9 D. de serv. (8, 1).

e) L. 1 pr. 7 pr. 13 §. 1—3 D. de S. P. R. (8, 3), L. 13 D. de serv. (8, 1), L. 14 D. comm. praed. (8, 4), L. 11 pr. D. de aqua pluv. (39, 3).

f) Die Meinungen darüber sind verschieden, vgl. Sommer, Archiv für civ. Pr. III. 20, Gensler, das. IV. 20, Seuffert, civ. Erörterungen I. S. 70. II. Vorr. (Vangerow §. 341, Sintenis §. 63 Anm. 13—16, Arndts §. 186. 2a, Seuffert's Archiv I. 180. IV. 13. V. 5. X. 136. XII. 127. XV. 103. R.)

g) L. 3 §. 1. 2, L. 6 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3). Dahin gehört auch das Recht, Wasser auf das dienende Grundstück abzuleiten, L. 29 eod., L. 2 §. 10 D. de aqua pluv. (39, 3).

h) Vgl. die auch die Servituten betreffende Abhandlung von Elvers: das R. des Wasserlaufs, Themis, neue Folge, Bd. I. Heft 3 (1841). (Schäffer, Giebt das

haben. Ausschließlich gehören hierher die serv. aquaehaustus, welche die Befugnisse für das herrschende Grundstück, Wasser auf dem dienenden zu schöpfen, und damit auch das Recht des Wegs zu diesem Behuf gewährt[i]), der pecoris ad aquam appulsus, das Recht, Vieh auf dem fremden Grundstück zu tränken[k]). Zu derselben Classe gehören die serv. pascendi, das Recht, Vieh, welches zum Gebrauch des herrschenden Grundstücks und zum landwirthschaftlichen Betrieb auf demselben gehört, auf dem dienenden zu weiden[l]), die serv. silvae caeduae, calcis coquendae, cretae eximendae, arenae fodiendae, lapidis eximendi, durch die dem herrschenden Grundstück für seine Bedürfnisse, Holz, Kalk, Kreide, Sand, Steine von dem dienenden gewährt werden[m]).

Unter beide Classen kann fallen die servitus aquaeductus (mit Beschränkung auf die Sommerzeit aqua aestiva, ohne diese Beschränkung aqua quotidiana, bey Tag aqua diurna, bey Nacht aqua nocturna), indem sie sich als Recht, Wasser zu leiten über das dienende Grundstück (so daß dieses blos den Boden für die Leitung gewährt), oder zugleich von demselben (so daß es das Wasser selbst giebt) denken läßt. In der Servitut liegt die Befugniß, die nöthigen Rinnen anzulegen, offne oder bedeckte, und ist kein Platz bestimmt, so ist das ganze Grundstück, nur mit Ausnahme der zur Zeit der Bestellung bestehenden Gebäude, Baumpflanzungen, Weinanlagen der Servitut unterworfen[n]). Dem Wesen der Realservitut gemäß kann nur für das herrschende Grundstück Wasser geleitet werden, nicht zugleich für ein anderes, wenn gleich desselben Eigenthümers[o]). Keine Servitut ist

---

Absließen des Quell- oder Regenwassers von einem Grundstück auf das andere ein Recht auf Wassernutzung? Zeitschr. für Civilrecht und Proceß, N. F. VI. No. 6. Nachtrag IX. No. 14 [1851]. R.)

i) L. 1 §. 1, L. 2 §. 1, L. 3 §. 3, L. 9 D. de S. P. R. (8, 3).

k) L. 1 §. 1, L. 4. 6 §. 1 eod.

l) L. 1 §. 1, L. 3 pr. 4. 6 §. 1 eod. Diese Hut- und Weidegerechtigkeit, über die das R. R. keine speciellen Grundsätze enthält, hat im Deutschen eine sehr ins Einzelne ausgebildete Theorie, vgl. Eichhorn, Einleitung ins D. Privatr. §. 179. 180, Mittermaier, Grundsätze des gem. D. Privatr. (6. Ausg.) §. 108 ff. (Seuffert §. 165 Num. 2. R.)

m) L. 1 §. 1, L. 3 §. 1, L. 5 §. 1, L. 6 eod.

n) L. 1 pr. 15. 21. 22 eod., L. 9 D. de servit. (8, 1), L. 17 pr. §. 1 D. de aqua pluv. (39, 3), L. 2 D. de rivis (43, 21).

o) Labeo hatte hier eine laxere Meinung, gegen die Proculus jene Consequenz vertheidigte, diese letztere ist recipirt L. 24 D. de S. P. R. (8, 3). In einer anderen Stelle wird das Abgeben von Wasser an ein anderes Grundstück desselben Eigenthümers zugelassen, wenn dem dienenden kein Nachtheil dadurch erwächst, und Labeo dabey angeführt, L. 1 §. 16 D. de aqua (43, 20). Manche glauben, dieß

das Recht, aus einem öffentlichen Wasserbehältniß oder öffentlichen Fluß Wasser zu nehmen, ein Recht, das entweder mit einem Grundstück verbunden, oder einer Person gegeben seyn kann, und das durch Assignation der Obrigkeit oder unvordenkliche Zeit erworben wird[p]).

IV. Entstehung der Servituten.

§. 186.

Die Servituten entstehen durch Bestellung von Seiten der dazu berechtigten Person (§. 187) und durch Ersitzung (§. 188). Nur der Ususfructus entsteht zuweilen ipso iure (s. g. ususfructus legalis), so für den Vater an den Adventitien der Kinder, für den unschuldigen Theil bey der Scheidung, wenn die Proprietät der von dem schuldigen Theil verwirkten Güter an die Kinder fällt, endlich durch Verwirkung der Proprietät bey dem zur zweiten Ehe Schreitenden. Zur Erwerbung einer Realservitut ist nur der fähig, welcher als Eigenthümer oder bonae fidei possessor (oder Emphyteuta und Superficiarius)[a]) gewissermaßen Vertreter des Grundstücks ist, für welches die Servitut erworben werden soll[b]).

§. 187.

Die Bestellung einer Servitut fordert 1) Berechtigung von Seiten des Bestellers, die regelmäßig dem Eigenthümer der Sache[c]), zuweilen dem Richter zukommt (s. unten); 2) einen dazu tauglichen Act. Dieser kann seyn a) Testament, b) Vertrag, entweder durch Abzug bey Ge-

---

wegen der allgemeinen Zurückweisung der labeonischen Ansicht verwerfen zu müssen, aber es ist vielmehr als eine Modification jener Zurückweisung zu verstehen: insoweit ist Labeo's Meinung ganz richtig, als das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks nicht überschritten wird; es läßt sich eine Beschaffenheit des Grundstücks denken, bey der eine vollständige Bewässerung nicht möglich ist, ohne daß Wasser wieder abläuft.

p) L. 1 §. 38—45, L. 3 §. 2. 4 D. de aqua (43, 20). (Auch die Benutzung des von dem höheren Grundstück abfließenden Quell- oder Regenwassers ist keine Servitut. Vgl. Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Proceß VI. 6 [1849]. R.)

a) L. 1 §. 9 D. de superfic. (43, 18). (Gegen den Erwerb durch den bonae fidei possessor vgl. Arndts §. 191 Anm. 2. R.)

b) L. 1 §. 1, L. 6 pr. §. 8 D. comm. praed. (8, 4), L. 15 §. 7 D. de usufr. (7, 1). Ueber den Fall des Miteigenthums s. L. 9 §. 1 D. de S. P. R. (8, 3), L. 5. 18 D. comm. praed. (8, 4).

c) L. 6 pr. eod., L. 15 §. 7, L. 16 D. de usufr. (7, 1), L. 7 C. de reb. al. non alien. (4, 51). Ueber den Fall des Miteigenthums L. 2 D. de serv. (8, 1), L. 34 pr. D. de S. P. R. (8, 3), L. 18 D. comm. praed. (8, 4). (Vgl. über diese Stelle: Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Pr. IV. 9. Num. 14. S. 305 [1847]. R.) (Ueber



legenheit der Eigenthumsübertragung[d]), oder als selbstständiges Rechtsgeschäft, vorausgesetzt, daß die Intention der Parteien auf sofortige Entstehung des Servitutrechts, nicht auf eine bloße einstweilige Verpflichtung zur Bestellung ging[e]). So wie der Erwerber durch Hinzufügung einer Stipulation außer der Servitutenklage noch eine persönliche zu seiner größeren Sicherheit erhalten konnte, so kann ihm die hinzukommende Tradition den Vortheil der Publiciana (§. 192) verschaffen, zur Entstehung des Servitutrechts selbst ist der Vertrag allein hinreichend[f]). Endlich c) kann der Bestellungsact ein richter-

---

das Recht des Emphyteuta und Superficiarius L. 1 pr. D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 1 §. 6. 9 D. de superf. (43, 18).

d) L. 32 D. de usufr. (7, 1), L. 33 pr. D. de S. P. R. (8, 3): Cum essent mihi et tibi fundi duo communes, Titianus et Seianus, et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est, ut alteri per aquam ducere liceret. Recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit. (F. Muther in fr. VI. comm. praed. comment. 1858. Dernburg, Pfdrt. I. S. 272 f., Vangerow S. 760, Arndts §. 188. 2. Stillschweigend bey Eigenthumsübertragung mit servitutischen Vorrichtungen L. 36. 37 D. de s. p. u. (82, 2), sächs. Entw. §. 591, Seuffert's Archiv XI. 121. 18. XIII. 212. R.)

e) Aelteres Recht: Gai. II. 28—33. Fragm. Vat. §. 47. Neues Recht: L. 3 pr. D. de usufr. (7, 1): Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. §. 1 I. eod. (2, 4): — sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. — §. 4 I. de serv. (2, 3): Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. L. 25 §. 7 D. de usufr. (7, 1): Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcunque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Iulianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario adquiri. L. 1 pr. D. quo mod. ususfr. (7, 4): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione amittitur.

f) S. unter Anderen Schmidtlein (nach Savigny), de servitut. per pactum constit. 1823, Michelsen, Archiv für civ. Pr. VIII. 14 (1825), Hasse, Rhein. Mus. I. S. 64—128 (1827), Haertel, de serv. per pacta et stip. const. 1828, Puchta, Cursus der Inst. II. §. 256. Die ältere Ansicht, daß die Entstehung des

liches Urtheil sey, theils die adiudicatio auf Theilungsklagen, worin der Richter entweder bey Theilung eines Grundstücks die zur bequemen Benutzung eines jeden Theils nöthigen Servituten auflegt, oder durch Servitutenbestellung theilt, indem er z. B. dem Einen die Proprietät, dem Anderen den Ususfructus der Sache zuweist[g]), theils ein Decret, wodurch in contumaciam des zur Bestellung der Servitut Verpflichteten und Verurtheilten die Servitut für bestellt erklärt, oder eine verlorene Servitut durch in integrum restitutio wieder hergestellt wird[h]).

§. 188.

Die Ersitzung der Servituten[i]) ist die longi temporis quasi possessio[k]). Die Servitut ist erworben, wenn sie zehn Jahre (inter praesentes) oder zwanzig (inter absentes) nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt worden ist[l]). Mit diesen Erfordernissen ist die Ersitzung auf die Servituten übertragen worden[m]).

---

dinglichen Rechts Quasitradition voraussetze, ist von einigen neueren Juristen standhaft festgehalten worden, so von Francke, civ. Abhandlungen 8 (1826), Vangerow, Leitfaden §. 350, als Nachklang der alten Lehre vom titulus und modus adquirendi. (Brinz I. S. 273. Vgl. dagegen Huß, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. X. No. 3 [1852], Ad. Schmidt im Jahrb. des gem. deutschen Rechts III. 9 (1859), welcher ausführt, daß für die Bestellung der iura in re aliena unter Lebendigen zwey Formen neben einander gelten: Tradition und Vertrag, Keller §. 181, Windscheid §. 212 Anm. 1, Arndts §. 188 Anm. 1. Die Praxis schwankt noch: Seuffert's Archiv XII. 130. XV. 5., sächs. Entwurf I. 583. 590. 660. R.)

g) L. 6 §. 1 D. de usufr. (7, 1), L. 22 §. 3 D. fam. erc. (10, 2), L. 6 §. 10, L. 7 §. 1, L. 18 D. comm. div. (10, 3).

h) Die Sentenz dagegen auf die Confessoria ist nur declaratorisch, nicht constitutio, L. 8 §. 4 D. de serv. (8, 5).

i) Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 187—216 (1828), v. Seckendorff, Archiv für civ. Pr. IV. 11 (1821), Hasse, über den Beweis der Servitutenersitzung, Rhein. Mus. II. S. 394 ff. (1828), Bessel, Archiv für civ. Pr. XIII. 19 (1830). (Busch, daselbst XXXI. 6. 12 [1848], Th. Muther, die Ersitzung der Servituten mit besonderer Berücksichtigung der Wegservituten. 1852. R.)

k) Wegen der Usucapion s. L. 4 §. 29 D. de usurp. (41, 3): Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. Itaque si cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus. L. 10 §. 1 eod., L. 14 pr. D. de serv. (8, 1), Löhr, Magazin III. 3 (1810).

l) L. 10 pr. D. si serv. (8, 5): Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nanctus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario pos-



V. Aufhebung[a]).

§. 189.

Der Berechtigte kann die Servitut verlieren, aber nur so, daß die Servitut selbst aufhört, also die Freiheit der Sache wiederhergestellt

---

sedisse. L. 1 C. de serv. (3,34): Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per iudicem exercere non prohiberis; is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet. L. 2 C. eod.: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio. L. 1 §. ult. D. de aqua pluv. (39, 3), L. 5 §. 3 D. de itin. (43, 19), L. ult. in f. C. de praescr. l. t. (7, 33). (Insonderheit Wassernutzung: Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. Neue Folge VI. [1849] Num. 6. — Die Existenz einer Verjährung bestreitet Hedemann, über den Erwerb und Schutz der Servituten nach römischem Recht mit besonderer Berücksichtigung der quasi possessio und longa quasi possessio 1864, indem er longa quasi possessio nur die schwächere Wirkung einer widerlegbaren Rechtsvermuthung einräumen will. Dagegen spricht jedoch, daß wenigstens bei Wasserleitungen eine utilis actio gegeben und neben der actio aquae pluviae arcendae im Edict proponirt wird. Vgl. Ulp. lib. 53 ad edictum L. 10 pr. D. cit., Rudorff, edictum perpetuum (1869) §. 178 p. 164, und die Rec. von Muther in der Krit. V. J. Schr. IX. S. 371. R.)

m) Irrthümer: 1) die Ersitzung finde nicht Statt bey servitutes discontinuae (Mißverständniß der Stellen, welche die usucapio leugnen); 2) nicht bey Personalservituten (so Neustetel und Zimmern, röm. rechtl. Untersuch. 1821 S. 112 ff.); 3) sie sey ausgeschlossen durch die Usucapionsunfähigkeit der Sache (z. B. Vangerow, Leitf. I. §. 351 a. E.), und es gebe daher 4) eine außerordentliche Ersitzung von dreißig und mehr Jahren; 5) die Servitutenersitzung fordere einen Titel (Bessel, Archiv XIII. 19); 6) sie fordere bona fides (z. B. Unterholzner, Verjährungsl. II. S. 175 ff., Mühlenbruch, Lehrb. §. 289, Muther §. 16 ff.), ein Mißverständniß der L. ult. D. quemadm. serv. (8, 6): Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit (vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 256 Note ff'), und falsche Anwendung der L. 1 §. 10 D. de aqua (43, 20), die von dem interdictum de aqua spricht; 7) die Zeit sey nicht bestimmt, sondern beruhe auf dem Ermessen des Richters (so Neustetel und Zimmern, röm. rechtl. Untersuch. S. 108 ff.) (Im Allgemeinen: Vangerow §. 351, Windscheid §. 213, Arndts §. 189 Anm. 3, Unterholzner §. 187—216, Seuffert, Erört. II. S. 60 f., Hoffmann und Fuhr civilr. Vers. I. 1, Seuffert's Archiv I. 178. 179. 323. 408. II. 141. III. 10. 11. V. 101. 144. 255. VI. 154. VIII. 348. IX. 129. 132. X. 235. XIII. 131, Busch, Praxis S. 44—84. R.)

a) Dig. VII. 4: quibus modis ususfr. vel usus amittitur. VIII. 6: quemadmodum servitutes amittuntur.

wird (§. 178 Note i)[b]). Wo eine Handlung oder Unterlassung der Endigungsgrund ist, ist es die des Berechtigten, also bey Realservituten des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks, welche den Verlust herbeiführt[c]).

§. 190.

Der Untergang der dienenden Sache (der natürliche und ihre Herausnahme aus der Reihe der Privatrechtsobjecte) hebt die Servitut auf (§. 143)[d]), wie jedes ius in re ferner geht sie unter durch Confusion des Servitutrechts und des Eigenthums in derselben Person[e]), und aus der Natur der Servituten folgt, daß sie das Individuum, für das sie bestimmt sind, nicht überdauern. Personalservituten endigen mit dem Tod des Berechtigten, und bey juristischen Personen mit dem Ablauf von hundert Jahren[f]), außerdem durch capitis deminutio maxima und media[g]), Realservituten durch den natürlichen oder juristischen Untergang des herrschenden Grundstücks[h]).

Der Berechtigte kann die Servitut aufgeben, durch Vertrag mit dem Eigenthümer[i]), auch einseitig durch Dereliction[k]), aber auch un-

b) Modification durch die bey dem Ususfructus Statt findende Accrescenz, Dig. VII. 2: de usufructu adcrescendo. Ein anderes Hinderniß der Rückkehr an den Eigenthümer ist die Bestellung eines nach eingetretenem Verlust stets zu wiederholenden Ususfructus, L. 1—3. 5 pr. D. qu. mod. ususfr. (7, 4).

c) L. 15 §. 7. D. de usufr. (7, 1). Bey Miteigenthümern L. 34 pr. D. de S. P. R. (8, 3), L. 5 D. quemadm. serv. (8, 6).

d) L. 2 D. de usufr. (7, 1), L. 23. 24. 26. 30. 31 D. qu. mod. usufr. (7, 4), L. 9 pr. D. si serv. (8, 5). Bey Personalservituten hat schon eine gänzliche Veränderung diese Folge, L. 5 §. 2. 3, L. 8—12 D. qu. mod. ususfr., L. 36 pr. D. de usufr. Wegen L. 71 eod. s. Schultiug-Smallenburg, uotae ad Dig.

e) L. 17. 27 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 4 D. usufr. qu. cav. (7, 9), L. 3 §. 2 D. de usufr. adcr. (7, 2), L. 1 C. quemadm. serv. (8, 6). Modification bey blos vorübergehendem Erwerb, L. 18 D. de serv. (8, 1). Einfluß der Untheilbarkeit, L. 8 §. 1 eod., L. 27 D. de S. P. R. (8, 3). L. 6 §. 3 D. comm. pr. (8, 4), L. 140 §. 2 D. de V. O. (45, 1).

f) L. 3 §. 3 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 56 D. de ususfr. (7, 1). Eine den Erben bestimmte ist eine neue, L. 5 pr. D. qu. mod. ususfr., L. 38 §. 12 D. de V. O. (45, 1); über L. 14 C. de usufr. (3, 33) s. Glück, Comm. IX. Ueber den durch den Sohn dem Vater erworbenen Ususfructus s. L. 17 C. eod.

g) L. 16 §. 2 C. eod.

h) L. 20 §. 2 D. de S. P. U. (8, 2), L. 13 pr. D. de S. P. R. (8, 3).

i) Auch stillschweigend, L. 8 pr. D. quemadm. serv. (8, 6), L. 4 §. 12 D. de doli exc. (44, 4).

k) L. 64. 65 pr. D. de usufr. (7, 1). (Einseitiger Verzicht ohne Accept des Eigenthümers hebt die Servitut nicht auf, so lange nicht Verjährung hinzutritt. Fritz, Erläut. I. S. 386 f., Sintenis §. 66 Anm. 12, Seuffert §. 177 Anm. 2a,

willkürlich kann er sie verlieren durch Nichtausübung[l]), die sich zehn Jahre hindurch fortsetzt[m]); nur bey servitutes praediorum urbanorum reicht der non usus nicht hin, sondern es muß eine libertatis usucapio, d. h. Besitz der dienenden Sache als einer freien während jener Zeit hinzukommen[n]). Es ist nicht zu rechtfertigen, wenn man

---

Windscheid §. 216 Anm. 11, Wächter II. S. 646. Gegen diesen zwar Becher in den Jahrb. für Dogm. V. S. 243 f., allein vgl. gegen dessen Reoccupationstheorie Arndts §. 193 Anm. 2. R.). — Ein an dem herrschenden Grundstück bestehender Ususfructus hindert den Eigenthümer, die Realservitut aufzugeben, L. 15 §. 7 eod.

l) L. 16 §. 1 C. de usufr. (3, 33): Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu, sed usumfructum, quem sibi aliquis adquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum, cum multae et innumerabiles causae rebus incidant mortalium, per quas homines iugiter retinere, quod habent, non possunt. Et est satis durum, per huiusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est, nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, possit eum praesentem vel absentem excludere (Iustinian. a. 530), vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 257. L. 13 C. de serv. (3, 34): Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, explosis differentiis (Iustinian. a. 531). §. 3 I. de usufr. (2, 4): Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio —. Die Existenz des non usus gestaltet sich verschieden bey den verschiedenen Servituten, L. 5. 38—40 D. de usufr. (7, 1), L. 5. 6 pr. 10 pr. 18 §. 1. 2, L. 20—24 D. quemadm. serv. (8, 6). Restitution wegen Abhaltung durch ein in der Sache liegendes Hinderniß, L. 14 pr. eod., L. 34 §. 1, L. 35 D. de S. P. R. (8, 3). Unanwendbarkeit dieser Endigungsart bey dem ususfructus alternis annis datus, L. 28 D. qu. mod. ususfr. (7, 4), L. 13 D. de usu et usufr. (33, 2), bey dem iter ad sepulcrum, L. 4 D. quemadm. serv.

m) Verdoppelung der Zeit, wenn die Ausübung nur nach längeren Zwischenräumen gestattet ist, L. 7 eod., L. 14 pr. C. de servit. (3, 34). — Justinian erwähnt auch zwanzig Jahre inter absentes, dieß heißt (wenn es nicht als ein gedankenloses Herübertragen einer hierher gar nicht passenden Bestimmung angesehen werden soll): der durch Abwesenheit an der Ausübung Gehinderte hat (statt etwaiger Restitution) diesen den Untergang erschwerenden Vorzug.

n) L. 6 D. de S. P. U. (8, 2): Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne

dieses Erforderniß des Besitzes auch auf andere, wenigstens auf die Personalservituten, ausdehnt[o]).

VI. Schutz der Servituten[a]).

§. 191.

Der Servitutberechtigte[b]), also bey Realservituten der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks[c]) (und an seiner Stelle auch der Emphyteuta, Superficiarius, Usufructuar, Pfandgläubiger)[d]),

---

altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris, alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet. L. 32 §. 1 eod.: Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur. quare, si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est, is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. L. 18 §. 2 D. quemadm. serv. (8, 6): Si cum ius haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere poteris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit. (Der neueste Versuch über diese Lehre ist: C. J. G. Wirth, die libertatis usucapio. 1854. R.)

o) Diesen Irrthum hat einmal die Anwendung des Verjährungsbegriffs auf den non usus, dann aber Justinian selbst durch die ungeschickte Aufnahme der L. 16 §. 1 C. de usufr. (Note l) zu verantworten. Vgl. Vangerow, Leitf. I. §. 357. Noch weiter geht Zachariä (s. §. 183 Note e) er hält die lib. usuc. bey allen Servituten nur mit Ausnahme der drey Wegservituten des aquaeductus und des aquaehaustus für nöthig.

a) Dig. VII. 6: si ususfructus petatur —. VIII. 5: si servitus vindicetur. (Ueber die Formulirung der Confessoria und Negatoria bey positiver und negativer Servitut: Keller, Pand. §. 184. R.)

b) L. 5 pr. D. si ususfr. (7, 6).

c) L. 2 §. 1, L. 6 §. 3 D. si serv. (8, 5). Miteigenthümer, L. 6 §. 4 eod.

d) L. 1 pr. 5 §. 1 D. si ususfr. (7, 6), L. 16 D. de serv. (8, 1), L. 3 §. 3. L. 9 D. de O. N. N. (39, 1), L. un. §. 4. 5 D. de remiss. (43, 25). (Die Streitfrage unter den römischen Juristen, ob der Fructuar auf die ususfructus petitio beschränkt sey oder die confessoria aus der Realservitut habe, betraf blos die Formel. Dagegen ist die utilis petitio fundi und servitutis des Pfandgläubigers keine Servitutenklage, sondern eine Pfandklage, und kann demnach durch Befriedigung der Forderung beseitigt werden. Utilis ist sie nicht blos, wie Bremer, Pfandrecht S. 104 meint, weil sie in factum concipirt, sondern auch deshalb, weil in der Normalformel der Serviana ein homo als Beispiel genannt war. Rudorff, ed.

hat gegen den, welcher ihn an der Ausübung seines Rechts hindert oder darin stört[e]), die confessoria in rem actio (vindicatio servitutis, petitio iuris) auf Beseitigung der Verletzung und Ersatz alles Nachtheils[f]), auf Untersagung künftiger Störung, und im Fall eine Wiederholung schon vorgekommen ist, auf Realcaution de non amplius turbando[g]). Der Besitz des Rechts schließt nicht (wie der Besitz der Sache die Vindication dieser) die Vindication des Rechts aus[h]). Den Gegenstand des dem Kläger obliegenden Beweises bildet der Grund der Klage, also das Servitutrecht. Bey Realservituten gehört dazu noch der Beweis des Eigenthums oder des zur Klage berechtigenden ius in re an dem herrschenden Grundstück, doch ist auch der bonae fidei possessor, wie er ja dem Grundstück eine Servitut auch erwerben kann (§. 186), zur Klage zu lassen, und es ist daher für den Kläger hinreichend, wenn er den Usucapionsbesitz an dem herrschenden Grundstück beweist[h*]).

§. 192.

Die Quasitradition der Servitut verschafft dem dadurch in die Ausübung derselben Gekommenen die Publiciana[i]) mit der Wirkung

---

perp. (1869) §. 272. (Eben so wenig darf sie mit Bremer S. 181 auf das pignus im engern Sinn beschränkt werden. R.)

e) L. 5 §. 1 D. si ususfr. (7, 6), L. 4 §. 5, L. 10 §. 1 D. si serv. (8, 5). Bey Entziehung der Ausübung persönlicher Servituten auch gegen den fictus possessor, L. ult. D. si ususfr.

f) L. 5 §. 3. 6 eod., L. 4 §. 2—4, L. 6 §. 6 D. si serv. (8, 5), L. 5 C. de serv. (3, 34).

g) J. R. A. §. 162, vgl. L. 7 D. si serv. (8, 5), L. 7 D. de aqua (43, 20).

h) L. 6 §. 1 D. si serv. (8, 5): Sciendum tamen, in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitorem. et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est, nam cum nihil innovatum est, ille possidet, et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli iactu impedierit. Sed et si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus. L. 5 §. 6 D. si ususfr. (7, 6). L. 8 §. 3 D. si serv.: Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat. Vgl. §. 184 Note t.

h*) (Dagegen: Arndts §. 191 Anm. 2, Busch, Archiv für civ. Pr. XXXI. 6 [1848]. R.)

i) L. 11 §. 1 D. de Publ. act. (6, 2): Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci, item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. (Nämlich nach der duplex interpretatio ist diese Stelle auf

der Confessoria, wobey an die Stelle des Beweises des Servitutrechts der Beweis der Tradition ex iusta causa tritt.

Fünftes Kapitel.

Das Pfandrecht[a]).

I. Begriff und Arten der Verpfändung.

§. 193.

Ein Recht an einer Sache kann jemandem zu dem Zweck gegeben seyn, daß ihm die Sache für eine Forderung hafte, und ihn der künftigen Realisirung seiner Forderung namentlich dadurch versichere, daß er vermöge jenes Rechts die Sache zum Verkauf bringen, und aus dem Preis sich bezahlt machen kann. In diesem letzteren, dem Recht, einen Gegenstand zur Befriedigung des Berechtigten wegen einer Forderung zu verkaufen[b]), liegt der Charakter des Pfandrechts; daß es ein Recht an der Sache ist, ist nur eine, und nicht die ausschließliche Form seines Bestehens, durch die dem Berechtigten die Ausübung jenes Rechts gesichert werden soll. Als solche Pfandrechtsformen kommen im

Quasitradition durch einen Nichteigenthümer oder an einen redlichen Besitzer zu beziehen, während sie ursprünglich auf Bestellung durch den Eigenthümer, aber ohne mancipatio oder in iure cessio gerichtet war, vgl. L. 1 §. 2 D. de s. p. r. (8, 3), L. 1 pr. D. qu. m. ususfr. am. (7, 4). Streitig: 1) ob nicht der Vertrag ohne Quasitradition genügt? Dagegen: Arndts §. 192 Anm. 2, vgl. aber Windscheid §. 199 Anm. 10, §. 212 Anm. 1 a. E.; 2) ob nicht der Constituent redlichen Besitz (Schmid I. S. 361 Note 22, Arndts l. c.) oder wenigstens Besitz (Vangerow S. 666. 754) gehabt haben müsse? Die Analogie des Pfandrechts, auf die man sich beruft (L. 18, L. 21 §. 1 D. de pign. [20, 1]), paßt jedoch nicht hierher, da die Serviana eine res in bonis debitoris voraussetzt. R.)

a) Dig. XX. 1: de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum. Cod. VIII. 14: de pignoribus et hypothecis. Gesterding, die Lehre vom Pfandrecht nach Grunds. des R. R. 1816. 1831. — Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts 1836. — Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 246. (Bachofen, das römische Pfandrecht. Bd. I. [die Klagen und die Befriedigung durch Fruchtgenuß und Verkauf enthaltend]. 1847. Dazu Keller in Richter's krit. Jahrb. Bd. XI. S. 961—1022. Jetzt vor Allen: Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts dargestellt. Bd. I. [1860]. (Dazu: Scheurl in Pözl's Vierteljahrsschr. II. S. 416 f., 481 f., Kuntze in Schletter's Jahrb. VII. S. 10 f.) Bd. II. [1864]. R.)

b) (Richtiger: „das Recht eines Gläubigers, eine Sache, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Vermögen des persönlich Verpflichteten sich befinde oder nicht, als durch

römischen Recht vor: die Ueberlieferung des Eigenthums (mit der Bedingung der Rückgabe nach beendigtem Pfandrecht, fiducia), diese Form ist nicht ins justinianische Recht übergegangen — ferner die Uebertragung des bloßen Besitzes, juristischen oder natürlichen, endlich ein Pfandrecht ohne Eigenthum und Besitz, hypotheca[c]). Diese Verpfändung ohne Eigenthums- oder Besitzübertragung gewährt aber dem Gläubiger, wenn ihr Gegenstand eine Sache ist, ein Recht an derselben, also ein ius in re[d]), und dieß hat sich natürlich auch auf die

---

ihren Werth ihm haftend, für die Befriedigung seiner Forderung in Anspruch zu nehmen." Arndts §. 364. Denn der Verkauf enthält nur einen eventuellen Executionsmodus, ohne welchen das Pfandrecht sowohl bestehen als erlöschen kann, das Pfandrecht an sich ist nur ein Recht auf den Werth einer fremden Sache und auf Sicherung einer Forderung. Daher enthält eine Pfandbestellung keine Bereicherung. R.)

c) L. 9 §. 2 D. de pign. act. (13, 7): Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit (die Fiducia und das Pfandrecht im Besitz), hypothecam, cum transit nec possessio ad creditorem. (Interpolationen? L. 49 §. 1 D. sol. matr. [24, 3], Vat. fragm. 94. Eigenthumsübertragung im heutigen Recht? Seuffert's Archiv VII. 282, XIV. 90. R.)

d) Vgl. L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2): Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, si reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius. L. 30 D. de nox. act. (9, 4), L. 44 §. 5 D. de usurp. (41, 3): Non mutat usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit; ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur. Gegen diese Eigenschaft des Pfandrechts hat sich eine lebhafte Opposition erhoben (vgl. hauptsächlich Büchel, über die Natur des Pfandrechts 1833), die dasselbe durchweg als ein Forderungsrecht darstellt, was sich bey Mühlenbruch, Lehrb. des Pand. R. §. 303 zu einem Begriff gestaltet, wonach das Pfandrecht ein Forderungsrecht gegen die Sache als verpflichtetes Subject, und zugleich ein dem Gläubiger an der Sache zustehendes Recht, ein dingliches Recht (ibid. §. 307) wäre. Man führt dafür an, daß (um die beziehungsweise besten Gründe zu nennen) die Römer die Verpfändung mit dem Ausdruck obligatio rei bezeichnen, und daß das Pfandrecht nicht durch einen freien Stellvertreter erworben werden könne, L. 11 §. 6 D. de pign. act. (13, 7), L. 21 pr. D. h. t., L. 2 C. per quas person. (4, 27). Den Werth des ersten Arguments wird ohnedieß kein Unbefangener zu hoch anschlagen, wegen des zweiten s. oben §. 52. Das absurde Resultat, das jede verpfändete Sache als Schuldnerin, also als Person zu betrachten sey, hat Sintenis (Pfandr. §. 1) vermieden, indem er in diese angebliche Obligatio nicht die Sache, sondern jeden Besitzer derselben stellen will. — Dieser Irrthum ist übrigens bis jetzt ein ziemlich harmloser geblieben, da er für die Ausführung der Lehre keine merklichen Consequenzen gehabt hat. (Eine specielle Widerlegung versucht Lang, im Archiv für civ. Pr. XXVIII. 14 [1846], vgl. auch Keller §. 190, Dernburg I. 104 f., Windscheid §. 224 Anm. 8. — Das wahre Element jener Opposition liegt in der gänzlichen Unbrauchbarkeit des abstracten Begriffs eines ius in re für die

Verpfändung mit Besitzübertragung (Faustpfand) erstreckt, die sich nur durch das Hinzukommen dieses, den Begriff des Pfandrechts nicht berührenden Elements von jener unterscheidet[e]). Der Begriff des Pfandrechts überhaupt ist also der, daß es das Recht ist, einen Gegenstand zu dem obengenannten Zweck zu verkaufen[f]); zu welcher Classe

---

Construction des Pfandrechts. Anstatt aber, wie die römischen Juristen, von den Pfandklagen auszugehen, L. 27 pr. D. de nox. act. (9, 4), substituirte man ihm eine andere Abstraction, die nicht blos unfruchtbar, sondern juristisch unmöglich ist. Erst in neuester Zeit ist der richtige Standpunkt zu gebührender Anerkennung gebracht worden. Vgl. Rudorff, die Pfandklagen, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII. 4 [1856], Bachofen, röm. Pfandrecht [1847], der nur darin der Sache zu viel thut, daß er eine Klage ohne entsprechendes Recht annimmt, Dernburg §. 12. 13 S. 104—121, dessen Definition S. 97 insofern zu eng ist, als sie das pignus nominis ausschließt, Brinz I. §. 82, der die obligatio im Gegensatz der uneinlösbaren alienatio rei vertheidigt, Scheurl in Pözl's Vierteljahrsschrift S. 434 f., Vangerow I. §. 363 Anm. 2. — Ein weiterer Fortschritt der neuesten Auffassung zeigt sich darin, daß die particularistische Trennung des „eigentlichen" (Sachenpfandrechts) von dem „uneigentlichen" Pfandrecht an „Rechten" einem einheitlichen Begriffe zu weichen begonnen hat. In consequenter Durchführung der von Sohm, Lehre vom subpignus 1864 S. 14. 17. 26. 30 aufgestellten Theorie nimmt Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjecte 1867 für jedes Pfandrecht folgende Grundprincipien in Anspruch: 1) es giebt nur ein Pfandrecht, 2) nur ein Pfandrecht an fremden Rechten, nicht an fremden Sachen S. 59. 83, 3) dem Inhalt nach ist es das Recht auf Aneignung des Vermögenswerthes der Pfandobjecte S. 62, 4) dazu bedarf es weder nothwendig des Geldumsatzes (bei Geldverpfändungen) noch des Verkaufs (ius distrahendi), vielmehr genügt die Ausübung (ius exigendi) S. 63, 5) die Form ist überall dinglich, nicht obligatorisch, d. h. eine unmittelbare, vom Willen des Verpfänders unabhängige Herrschaft über das Object S. 93. — Unverkennbar ist in dieser Auffassung eine consequente Entwicklung zu befinden, denn es giebt neben dem pignus kein quasi pignus, wie neben dem ususfructus den quasi ususfructus, und der Einwand gegen No. 2, daß die Besitzrechte an der Sache haften, welchen Windscheid §. 297, 7 geltend macht, verliert dadurch sein Gewicht, daß diese Besitzrechte nur einen possessorischen Zusatz zu dem dinglichen Recht der Hypothek enthalten. Gleichwohl leidet selbst Bremer's Theorie insofern noch an einem Ueberrest von Befangenheit als sie jede Veräußerung und Cession in der Verpfändung leugnet S. 14, und dem entsprechend selbst die fiducia von dem Begriffe ausschließt S. 43. In der That enthält nämlich jede Verpfändung eine wahre Entäußerung, möge diese nun in der Uebertragung des verpfändeten Rechts selbst oder in bloßer Bestellung (constitutio) eines Pfandrechts an demselben bestehen. Nur ist diese Veräußerung keine definitive, vielmehr kann der Schuldner einlösen, und gerade dies conservative Moment ist es, was den bloßen Versatz oder, wie die Römer sagen, die obligatio von der endgültigen alienatio unterscheidet, vgl. L. 1 §. 4 — L. 3 §. 1 D. de reb. cor. (27, 9), L. 7 C. de reb. alien. (4, 51) Tit. C. de luitione pignoris (8, 31). R.)

e) L. 5 §. 1 D. de pignor. (20, 1): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

f) Nur ein Recht mit diesem Inhalt ist ein wahres Pfandrecht, wodurch aber

von Rechten es gehört, hängt, abgesehen von der Verpfändungsweise (wie bey der fiducia des älteren Rechts), von dem Gegenstand der Verpfändung ab[g]). Der Hauptfall aber, welcher der Ausbildung des Pfandrechts zu Grunde liegt, und daher auch seine Stelle im System bestimmt, ist der der Verpfändung einer Sache, und sonach der des Pfandrechts als eines ius in re[h]).

II. Voraussetzungen des Pfandrechts.

A. Forderung[a]).

§. 194.

Das Pfandrecht ist kein für sich bestehendes Recht, das seine Bedeutung in sich selbst hätte; es ist zur Sicherheit einer Forderung des Pfandberechtigten[b]) bestimmt, zu welcher es in einem accessorischen Verhältniß steht, und deren Existenz daher die condicio sine qua non des Pfandrechts ist[c]), aber auch nur ihre Existenz, welcher Art die Forderung auch sein möge[d]).

---

natürlich keine Beschränkung auf diesen wesentlichen Inhalt ausgesprochen ist, s. unten §. 206—208.

g) So betrachteten die Römer das ius pignoris an einem ab hostibus redemptus als eine Art von Potestas, L. 20 §. 1 D. qui test. f. p. (28, 1), L. 15. 19 §. 9 D. de captiv. (49, 15).

h) Man darf aber darum nicht mit Göschen (Grundriß §. 368) dieses das eigentliche, das Pfandrecht dagegen, welches durch Verpfändung von Rechten entsteht, ein uneigentliches nennen. (Streitfrage über die Dinglichkeit der Rechtsverpfändung, zusammenhängend mit dem Schwanken der Begriffe res corporales und incorporales, verneint von Arndts §. 364, vertheidigt von Windscheid §. 227 und daselbst §. 227 und Anm. 8, vgl. unten §. 208. — Eine Consequenz der Dinglichkeit ist, daß Veräußerungen und Ersitzungen das Pfandrecht nicht afficiren L. 1 §. 2 D. de pign. [20, 1], L. 8 C. de pign. [8, 14], L. 12 C. de distr. [8, 28], ohne Grund bestritten bei partieller Veräußerung durch Bestellung dinglicher Rechte; dagegen: Scheurl in der krit. Ueberschau V. 38, s. aber Fitting, Ruckziehung S. 73, Arndts §. 364, 2. R.)

a) Cod. VIII. 33: si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.

b) L. 33 D. pignor. (20, 1): Is, qui promisit tibi aut Titio, solutum quidem Titio repetere non potest, sed pignus ei datum et ante solutionem recipit. Der Pfandberechtigte muß der Gläubiger, der Verpfänder braucht nicht der Schuldner zu sein, L. 2 §. 2 eod.

c) L. 1. 2 C. h. t. (Die Nothwendigkeit einer Forderung ist jedoch schon im römischen Recht nicht festgehalten bei der Aufhebung ohne Befriedigung, z. B. bei der Confusion und Verjährung der Schuld. Weiter noch geht das deutsche Recht, indem es zwar ohne obligatorische causa keine Hypothek entstehen läßt, dagegen aber bei der Geltendmachung auf die Veranlassung nicht weiter Rücksicht nimmt, vielmehr ohne Beweis einer Forderung eine dingliche Klage auf die Realisirung

B. Gegenstand[a]).

§. 195.

Durch die hypothekarische Verpfändung (welche sich nicht auf Mancipations- und In jure cessionsfähige Gegenstände, wie die Fiducia, und nicht auf Sachen, wie das Faustpfand beschränkt) ist der Grundsatz möglich geworden, daß alles, was einen Verkaufswerth hat, und den Verkauf zuläßt, auch verpfändet werden kann[b]), daher nicht blos wirkliche Sachen (jene Eigenschaft vorausgesetzt), einzelne und universitates rerum (s. §. 203), sondern auch künftige, res futurae (künftig entstehende, zu unterscheiden von künftig zu erwerbenden überhaupt)[c]), ferner auch Rechte: Servituten[d]), Emphyteusis und Super-

---

der Hypothekenschuld gestattet. Vgl. Meibom, das deutsche Pfandrecht 1867 S. 273 f. 409, Stobbe, krit. V.'J. Schr. IX. S. 292—310, Beseler, System des deutschen Privatrechts §. 95, Gerber, deutsches Privatrecht §. 149, Goldschmidt, Handelsrecht I. §. 87. R.)

d) L. 5 pr. D, de pign. (20, 1): Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub condicione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat. Sed et futurae obligationis nomine dari possunt; sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. Sed et in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit. L. 14 §. 1 eod.: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. L. 59 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1), L. 101 §. 1 D. de solut. (46, 3), L. 2 C. de luit. pign. (8, 31). Die Meinung einiger Juristen (z. B. Weber, Lehre von d. natürl. Verbindl. §. 107), daß die Verpfändung für eine naturalis obligatio nur ein Retentionsrecht gebe, ist ohne Grund. Selbst die dafür angeführte L. 2 D. quae res pign. (20, 3) spricht vielmehr dagegen. (Doch kann der Pfandklage dieselbe Einrede, wie der persönlichen, entgegen stehen. L. 9 §. 3 D. ad S. C. Mac. [14, 6]. Büchel, Erört. II. 1, Dernburg I. §. 72. 73 S. 537 f., Schwanert, Naturalobl. S. 210 f., Vangerow §. 364, Arndts §. 366 Anm. 1. R.)

a) Dig. XX. 9: quae res pignori vel hypothecae obligari possunt. Cod. VIII. 17: quae res pignori obl. p. vel non etc. (Verpfändung von Rechten: Büchel, Erört. I. 3, v. d. Pfordten im Archiv für civ. Pr. XXII. S. 25 f., Lang, daselbst XXIX. 10, Schmid in Linde's Zeitschr. N. F. V. 8, Dernburg I. §. 26. 62. 63. S. 218. 484 f.; von Geld? Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlichee Sicherstellung: österr. Gerichtszeitung 1868. S. 13. R.)

b) L. 9 §. 1, L. 24 D. de pignor. (20, 1), L. 1 §. 2 D., L. 3. 6 C. h. t.

c) L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1), L. 11 §. 3 D. qui pot. (20, 4), s. unten §. 210. Huschke, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß XX. 6. (1844). S. 245 f.

d) Usus fructus, L. 11 §. 2, L. 15 pr. D. de pignor. (20, 1), L. 49 D. de usur. (22, 1), §. 181 Note d. Servitutes praediorum rusticorum, L. 12 D. de pign., vgl. §. 178 Note k.

ficies [e]), Forderungen (nomen pignori datum) [f]), und das Pfandrecht selbst (Subpignus) [g]). Endlich können diese Gegenstände nicht blos speciell (mit specieller Bezeichnung), sondern auch generell (durch Zusammenfassung mehrerer unter einer Gattung oder Collectivbezeichnung) hypothekarisch verpfändet werden [h]).

III. Entstehung des Pfandrechts.

§. 196.

Die Entstehung eines Pfandrechts fordert 1) die Existenz seiner allgemeinen Bedingungen (§. 194. 195), 2) den Eintritt eines Entstehungsgrundes, der entweder in dem Willen dessen, welchem der Gegenstand gehört, und damit in einer Privatdisposition besteht (pignus voluntarium §. 197), oder von diesem Willen unabhängig ist (p. necessarium §. 198. 199). Das entstandene Pfandrecht ist, so lange es besteht, von der Forderung, für deren Sicherung es bestimmt ist, untrennbar, es kann nicht von dieser auf eine andere Forderung desselben oder eines anderen Gläubigers übergetragen werden. Nur so weit ein Uebergang der Forderung, so weit findet auch ein Uebergang des Pfandrechts mit ihr Statt (§. 213).

---

e) L. 13 §. 3 eod., L. 16 §. 2 D. de pign. act. (13, 7). (Die Verpfändung des Emphyteuta und Superficiars ist Rechts-, nicht Eigenthumsverpfändung, oder Verpfändung der Sache, wie Büchel, Erört. I. S. 121 f., 2. Aufl. S. 435 f. und Dernburg §. 26. Dagegen: Arndts in Linde's Zeitschr. N. F. S. 285, Pand. §. 367, 2. Windscheid §. 227, 3. Anders die Verpfändung zu emphyteutischem und superfiziarischem Recht durch den Eigenthümer. Zweifelhaft ist die Beziehung der L. 1 §. 6 D. de superf. [43, 18], petitori quoque in superficiem dari, Ant. Faber, pignori quoque et, Huschke, pignori quoque insuper superficiem dari. R.)

f) L. 4 C. h. t. (8, 17), s. unten §. 208.

g) Cod. VIII. 24: si pignus pignori datum sit, s. §. 208. (Eine besondere Schrift über diesen Gegenstand ist: Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. 1837. Statt des Pfandrechts nimmt Brinz I. 325 ein Verpfändungsrecht als Inhalt des pignus pignori datum an. Dieses aber liegt in keinem Pfandrecht. Eine Verpfändung der Sache (soll heißen des Eigenthums), worauf man die Afterverpfändung bezogen hat (§. 208 g, Vangerow §. 368 Anm. 2), würde vollends undenkbar sein, weil das Eigenthum für den Pfandgläubiger eine res aliena ist. Vgl. Windscheid §. 239 Anm. 14, Arndts §. 367 Anm. 3, Sohm, Lehre vom subpignus (Rostocker Preisschrift) 1864, Bremer, Pfandrecht S. 215 f. R.)

h) S. z. B. L. 6. 15 §. 1 D. de pignor. (20, 1), L. 11 §. 2 D. qui pot. (20, 4). Puchta, Cursus der Inst. II. §. 250 Note k. Man hat einen sehr unnützen und nothwendig erfolglosen Streit über die Bestimmung der Begriffe generelles und specielles Pfandrecht geführt; die Begriffe existiren gar nicht. Was aber wirklich existirt: generelle und specielle Verpfändung, über dessen Begriffsbestimmung kann kein Streit seyn.

A. Bestellung durch Privatdisposition[a]).

§. 197.

Die Bestellung des Pfandrechts durch Uebereinkunft (Conventionalpfandrecht), für welche keine besondere Form vorgeschrieben ist[b]), oder auch durch letztwillige Disposition (testamentarisches Pfandrecht) hat, um wirksam zu seyn, folgende Voraussetzungen: 1) die Sache muß in bonis des Verpfänders sich befinden, er muß Eigenthümer seyn[c]), oder sie zu fordern haben[d]), aber auch der Usucapionsbesitz reicht insofern hin, als der Gläubiger in demselben Verhältniß mit der hypothekarischen Klage, wie der Verpfänder mit der Publiciana geschützt wird[e]). Der Mangel dieses Erfordernisses kann durch Genehmigung des Eigenthümers gehoben werden[f]), und die Verpfändung

a) Dig. XX. 1: de pign. et hyp. et qualiter ea contrahantur etc. Cod. VIII. 16: si aliena res pignori data sit. 17: quae res pign. etc. et qualiter pignus contrahatur. 21: si communis res pignori data sit.

b) L. 34 §. 1 D. h. t., L. 4 pr. D. ex quib. caus. pign. (20, 2), L. 1 D. de pign. act. (13, 7).

c) L. 6 C. si aliena res p. (8, 16): Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat pignori, se magis contrario pigneraticio obligat iudicio, quam quidquam dominis noceat, cum Serviana etiam actio declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse nisi quae obligantis in bonis fuerint, et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est. L. 23 D. de probat. (22, 3), L. 3 §. 2 D. qui pot. (20, 4): Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intelligi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potiorem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare. L. 1 §. 2 D. de pign. (20, 1): Cum praedium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur. pignoris etenim causam, nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur, quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt. (Francke, Archiv für civ. Pr. XXX. 6 [1847] S. 182 f. R.) Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen, L. 15 §. 1, L. 16 §. 7 eod. — Huschke, von der Verpfändung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht ist, Zeitschr. f. Civilr. und Proceß XX. 6 (1844), Bachofen I. S. 66 f., S. 541, Dernburg I. §. 31 S. 261 f., Vangerow §. 372 Anm. 2, Arndts §. 371 Anm. 1. R.)

d) L. 1 pr. eod. (Note g).

e) L. 18 eod., L. 14 D. qui pot. (20, 4): Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. Vgl. L. 52 D. de adqu. dom. (41, 1).

f) L. 20 pr. D. de pign. act. (13, 7). Stillschweigende, L. 2 C. si aliena res p. (8, 16), L. 5 §. 2 D. ex quib. caus. p. (20, 2). Ueber den Fall der Schrift oder



auch dadurch, daß der Verpfänder nachher Eigenthümer[g]), oder der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird, convalesciren[h]). 2) Der Verpfänder muß Dispositionsbefugniß haben[i]).

Unterschrift des Hypothekeninstruments vgl. L. 26 §. 1 D. de pign. (20, 1) und L. 39 D. de pign. act.

g) L. 1 pr. D. de pign. (20, 1): Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est, in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qni pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio. L. 21 §. 1 eod. Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat et pignoravit, teneat, Servianae locus est, et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet, et ita Iulianus ait, et habet rationem. L. 5 C. si aliena res p. (8, 16): Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneraticiae daretur. L. 9 §. 3 D. qui pot. (20, 4): Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Mevio; deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur; in proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, eum Mevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mevii convalescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, i. e. si ignoravit, Mevio obligatum esse. Vgl. M. S. Mayer, Archiv für civ. Pr. IX. 12 (1826), Müller, ebendas. XI. 17 S. 392 ff. (1828). (Windscheid, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. III. 10 [1847], Bachofen I. S. 545 f.; Schmid, Grundlehren der Cession I. S. 324 f. Diese behaupten eine Beschränkung der utilis actio in Rücksicht des redlichen neuen Erwerbers aus lästigem Titel arg. L. 4 §. 27. 31 D. de doli exc. [44, 4], und aus einem anderen Grund Scheurl in Pözl's krit. Vierteljahrsschr. II. S. 453. Dagegen verwerfen die Beschränkung Vangerow 7. Aufl. S. 834 f., Dernburg I. S. 262, Windscheid §. 230 Anm. 8 wegen L. 4 §. 32 D. de doli exc. [44, 4], und aus andern Gründen Müller im Archiv für civ. Pr. XI. S. 392, Löhr, das. XIV. S. 169, Dernburg I. S. 264 f., Arndts §. 371, 1. In der That kann die Argumentation des Africanus aus der hypothekarischen Formel allein nicht genügen. R.)

h) L. 22 D. de pign. (20, 1): (Modestinus) Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneraticia dabitur creditori. L. 41 D. de pign. act. (13, 7): (Paulus) Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pigneraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero, hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, neque utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur. Vgl. über die verschiedenen Vereinigungsversuche Glück, Comm. IX. S. 32 ff., Huschke a. a. O. (Note c) S. 243 ff. (Bachofen I. S. 548 (für Paulus

(Die Disposition kann eine Bestellung des Pfandrechts für den Gläubiger, aber auch eine Reservation für den Tradenten enthalten[k]), welche mit Vorbehalt einer Bestellung durch den Erwerber[l]) nicht zu verwechseln ist. In beiden Fällen sind Bedingungen und Zeitbestimmungen für den Anfang und die Endigung zulässig[m]). R.)

B. Bestellung durch den Richter[a]).

§. 198.

Ein Pfandrecht entsteht 1) durch adiudicatio auf eine Theilungsklage, wenn der Richter den einen Theilhaber zu einer Leistung an den andern condemnirt und diesem deshalb ein Pfandrecht an der jenem zugewiesenen Sache adjudicirt; 2) durch gerichtliche, zum Behuf der Vollstreckung einer richterlichen Sentenz[b]) angeordnete Auspfändung, pignus in causa iudicati captum, das Pfandrecht entsteht mit der wirklich vollstreckten Auspfändung[c]); 3) durch missio in possessionem, die richterliche Verfügung, wodurch die Besitznahme eines ein-

---

gegen Modestin). Dagegen Windscheid in Linde's Ztschr. III. S. 439, Vangerow I. S. 835, Brinz I. 301, Dernburg I. S. 268 f. für Modestin. Keinen Widerspruch statuirt Scheurl S. 452, indem er die utilis actio von der pigneraticia contraria auf Eintragung erklärt. R.)

i) pr. §. 2. I. qu. alien. lic. (2, 8). Eine an der Sache schon bestehende Hypothek hindert nicht eine weitere Verpfändung, nur wird der jenen Umstand verschweigende Verpfänder als Betrüger behandelt. L. 36 §. 1 D. de pign. act. (13, 7).

k) (L. 48 D. de pact. (2, 14) verglichen mit Gai. 2, 33. Vat. Fragm. §. 47. 50. R.)

l) (L. 1 §. 4 D. de reb. eor. (27, 9). Si minor. XXV annis emit praedia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata creditori, non puto pignus valere: nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari. Dernburg I. S. 279, Windscheid §. 230, II §. 212, 12, Scheurl S. 453, Vangerow I. 874, Keller §. 207 und Andere leugnen wegen dieser Stelle die Möglichkeit der Deduction überhaupt ab. Vgl. dagegen Arndts §. 371, 2. R.)

m) (L. 13 §. 5 D. de pign. (20, 1), L. 6 pr. D. quib. mod. pign. solv. (20, 6). R.)

a) Cod. VIII. 22: de praetorio pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat. 23: si in causa iudicati pignus captum sit. — Dig. XLII. 4: quibus ex causis in possessionem eatur.

b) L. 10 D. qui pot. (20, 4), L. 58 D. de re iud. (42, 1), L. 1 C. si in causa iud. (Wo das Pfandrecht auf Publicität beruht, entsteht durch die Pfandnahme nur ein Rechtstitel auf Eintragung in das Hypothekenbuch. Aber auch ohne dies ist es durch Particulargesetze vielfach abgeschwächt und auf ein Vorzugs- und Absonderungsrecht reducirt worden. Vgl. Meibom, über den Vorzug eingeklagter und bis zur Executionsinstanz verfolgter Forderungen im Concurse: Archiv für civ. Pr. LII. N. F. II. (1869) Num. XII. S. 295—321. R.)

c) L. 15 §. 2 D. de re iud. (42, 1), L. 7. 8 C. quae res pign. (8, 17). (Dernburg I. §. 53. II. §. 119, Windscheid §. 233, 2—4, Bethmann-Hollweg, Civilproz. des gem. Rechts II. S. 693—697. R.)

zelnen Gegenstandes oder eines Güterinbegriffs zum Behuf der Sicherung von Rechten gestattet wird. Sie giebt regelmäßig (eine Ausnahme §. 494) den natürlichen Besitz, verbunden mit einem Pfandrecht, pignus praetorium, welches aber nicht schon mit dem Decret entsteht, sondern erst durch die Ausführung desselben, wodurch der Gläubiger in den Besitz gelangt[d]).

C. Entstehung durch Rechtssatz[a]).

§. 199.

In gewissen Fällen entsteht das Pfandrecht ipso iure, soweit die allgemeinen Bedingungen (Forderung und Gegenstand) vorhanden sind (stillschweigendes gesetzliches Pfandrecht), indem durch einen Rechtssatz gewisse Forderungen mit einem Pfandrecht, an allen oder nur an gewissen Gütern des Schuldners, versehen werden. Nur Hypotheken können auf diese Weise entstehen, das Faustpfandrecht setzt den Besitz voraus, der nicht ipso iure erworben wird. Die einzelnen gesetzlichen Pfandrechte, die gemeinrechtlich bestehen, sind folgende[b]).

§. 200.

Ein gesetzliches Pfandrecht an allen Gütern des Schuldners hat:

1) Der Fiscus wegen aller Forderungen: fiscus semper habet ius pignoris[c]), insonderheit a) wegen aller Abgaben[d]), b) wegen aller

d) L. 26 D. de pign. act. (13, 7): Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui nisi ventum fuerit in possessionem. L. 3 §. 1 D. de rebus eor. (27, 9), L. 3. 5 C. ut in poss. leg. (6, 54), L. 1. 2 C. de praet. pignore (8, 22). Cuiacius, observ. V. 30. Zimmern, röm. Civilproceß §. 76—86. (Vorzüglich Bachofen I. S. 281—480, Dernburg I. S. 400 f. und wegen des heutigen Rechts: Sintenis §. 35. 72 a. E., Seuffert §. 198, Arndts §. 372, 1. R.)

a) D. XX. 2. Cod. VIII. 15: in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. Meißner, vollst. Darst. der L. vom stillschweigenden Pfandrecht, 2 Thle. 1803. 1804.

b) Manche Juristen haben sich ein Geschäft daraus gemacht, ihre Zahl zu vermehren, zum Theil indem sie, wo in den Quellen das Beispiel eines Pfandrechts vorkommt, dieses sofort für ein gesetzliches gehalten haben, zum Theil durch Erstreckung der bestehenden gesetzlichen Pfandrechte auf analoge Fälle. Eines ist so unstatthaft wie das andere, zumal eine große Anzahl gesetzlicher Hypotheken ein Uebel ist, und schon unter den im römischen Recht wirklich enthaltenen manche sich befinden, zu deren Verleihung der Gesetzgeber ohne hinreichenden Grund sich hat bewegen lassen.

c) L. 46 §. 3 D. de iure fisci (49, 14), v. Schröter, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. I. 16 S. 336 ff.

d) L. 1 C. h. t. (8, 15), L. 1 C. si propter publ. pens. (4, 46).

Leistungen und Obligationen[e]), wohin natürlich auch die Ansprüche gegen seine Verwalter gehören[f]). Nur wegen der Strafforderungen steht es ihm so wenig zu, als nach älterem Recht sein privilegium exigendi (§. 248)[g]). Das Recht des Fiscus hat auch der Regent und seine Gemahlin[h]). Die Praxis giebt dieses gesetzliche Pfandrecht ferner den Städten wegen der städtischen Abgaben, und wegen der Ansprüche an die städtischen Verwalter aus ihrer Administration[i]). Im römischen Recht schon ist verordnet, daß, wenn Darlehensschuldner städtischer Communen nachher etwas von ihrem Vermögen veräußert haben, in subsidium die Besitzer solcher veräußerter Gegenstände nach dem Maß des Werths derselben von der Commune sollen in Anspruch genommen werden können[k]).

2) Die bevormundeten Personen an den Gütern der Vormünder wegen der Verbindlichkeiten derselben aus der Vormundschaft, insonderheit Pupillen, Minderjährige, furiosi[l]). Heirathet die Mutter als Vormünderin ihrer Kinder vor der Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens, so erstreckt sich das Pfandrecht dieser auch auf das Vermögen des Mannes (ihres Stiefvaters)[m]). Ob dieses gesetzliche Pfandrecht auch anderen Bevormundeten, außer den genannten, zukomme, ist bestritten[n]). Die Frage aber, ob es auch an den Gütern eines Protutors (d. h. dessen, welcher sich als Vormund gerirt, ohne es wirklich zu seyn) Statt finde, ist jedenfalls zu bejahen, wie denn auch das privilegium exigendi eben so gut der protutelae als der tutelae actio eingeräumt wird[o]), und hier dasselbe, ja wohl ein noch größeres Bedürfniß existirt, den Mündel gegen eine schädliche Administration zu sichern.

3) Die Kinder am Vermögen der Eltern wegen gewisser in der gesetzlichen Administration (und Nießbrauch) der letzteren befindlichen

e) L. 2 C. h. t. (8, 15), L. 28 D. de iure fisci (49, 14).

f) Controvers, s. Glück, Comm. XIX. S. 70 ff.

g) L. 17. 37 eod., L. un. C. poenis fiscal. (10, 7), L. 10 pr. D. de pact. (2, 14).

h) L. 6 §. 1 D. de iure fisci (49, 14).

i) Glück, Comment. XIX. S. 83.

k) L. 2 C. de debit. civ. (11, 32).

l) L. 20 C. de admin. tut. (5, 37), L. 7 §. 5. 6 C. de cura fur. (5, 70), L. un. C. rem alien. ger. (4, 53), L. 6 §. 4 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

m) L. 6 C. h. t. (8, 15), Nov. 22 c. 40. Aus den Worten der L. 3 C. quando mulier (5, 35): — suamque substantiam supponat — zu schließen (s. Vangerow, Leitfaden §. 375), daß es bey diesen Vormünderinnen einer ausdrücklichen Verpfändung bedürfe, ist unstatthaft.

n) Glück, Comm. XIX. S. 147 ff.

o) L. ult. D. de tut. act. (27, 3).

Güter: a) wegen der mütterlichen und von mütterlichen Ascendenten herrührenden Güter am Vermögen des Vaters, dem vermöge der väterlichen Gewalt Nießbrauch und Verwaltung derselben zusteht[p]); b) am Vermögen des zur zweiten Ehe schreitenden Parens wegen der dadurch an die Kinder erster Ehe der Proprietät nach fallenden Güter, und dieses Pfandrecht (welches sich auch auf die den Kindern verfallenen Güter selbst erstreckt, wenn sie es eintretenden Falls vorziehen, mit der hypothecaria actio aufzutreten, statt dieselben als ihr Eigenthum zu vindiciren) soll nicht erst mit der Schließung der Ehe, wie es die Regel mit sich brächte, anfangen, sondern schon als zur Zeit der Erwerbung der verfallenen Güter durch den parens binubus bestehend angenommen werden[q]).

4) Die Ehefrau (nach Nov. 109 die rechtgläubige) an dem Vermögen des Mannes: a) wegen der Dos, die derselbe zu restituiren hat[r]). Hinsichtlich der res exstantes hat sie die Wahl, ob sie von dem gesetzlichen Rückfall derselben (§. 142 Note g) Gebrauch machen will oder nicht; im letzteren Fall sind auch diese unter dem gesetzlichen Pfandrecht begriffen[s]). Uebrigens ist diese gesetzliche Hypothek nur mit der Totalklage verknüpft, und steht daher einem Besteller der Dos, der sich den Rückfall derselben bedungen hat, und nur aus dieser Verabredung eine Klage hat, nicht zu. b) Wegen der ausstehenden Capitalien, welche die Frau als Paripherna in die Ehe gebracht, und wovon sie dem Mann die Verwaltung überlassen hat, wenn der Mann sie einzieht[t]). Die Praxis dehnt dieß auf alle Parapherna, von welchen der Mann die Verwaltung hat, aus[u]). c) Wegen der ihr bestellten donatio propter nuptias[v]).

Controvers ist hinsichtlich dieser gesetzlichen Pfandrechte a) wegen der Dos, ob auch die Braut (wenn die Dos vor Eingehung der Ehe

---

p) L. 8 §. 5 C. de sec. nupt. (5, 9), L. 6 §. 2. 4 C. de bon. qu. lib. (6, 61). Vgl. wegen der deshalb bestehenden Controversen Vangerow, Leitfaden §. 375. — Dieses gesetzliche Pfandrecht giebt, wie man behauptet, Nov. 98 c. 1 auch an dem Vermögen der Mutter, welche Nießbrauch und Verwaltung der (der Proprietät nach an die Kinder fallenden) donatio propter nuptias hat, Marezoll, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. III. 5, 1, s. aber auch Heimbach, ebendas. XVI. S. 57 ff. Nur gehört jedenfalls dieses Pfandrecht so wenig als das Institut der donatio propter nuptias selbst dem heutigen Recht an.

q) L. 6 §. 2, L. 8 §. 4 C. de sec. nupt. (5, 9).

r) L. un. §. 1 C. de rei ux. act. (5, 13), L. 19 C. de don. ante nupt. (5, 3).

s) L. 30 C. de iure dot. (5, 12).

t) L. 11 C. de pact. conv. (5, 14).

u) Glück, Comm. XIX. S. 124.

v) Nov. 109, c. 1, vgl. L. 12 §. 2 C. qui pot. (8, 18).

gegeben, und diese nicht erfolgt ist), ferner b) wegen Dos und Paropherna, ob auch die putative (also nicht wirkliche) Ehefrau darauf Anspruch hat[w]), c) wegen aller jener Forderungen, ob auch die jüdischen Ehefrauen die gesetzlichen Hypotheken haben[x]).

5) Der Ehemann wegen der bestellten Dos an dem Vermögen dessen, der sie zu entrichten hat[y]).

6) Derjenige, an welchen das einer Person unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, Hinterlassene fällt, wenn dieselbe die Bedingung nicht erfüllt, an dem Vermögen derselben wegen Restitution des Hinterlassenen[z]).

7) Die Kirche an dem Vermögen ihres Emphyteuta wegen Deterioration der Emphyteusis[aa]).

§. 201.

Ein gesetzliches Pfandrecht, welches nicht alle Güter des Schuldners ergreift, hat:

1) wer zu Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes (nicht blos zu einer gewöhnlichen Reparatur) dem Bauherrn oder auf dessen Auftrag dem conductor operis Geld dargeliehen, wegen dieser Darlehensforderung an dem wiederhergestellten Gebäude[bb]). Das Darlehen muß zu diesem Zweck gegeben und empfangen, und der Bau muß erfolgt seyn, damit das Pfandrecht einen Gegenstand habe. Nach dem Bau haftet es aber nicht blos an der Superficies, sondern auch am Boden, wenn der Bauende Eigenthümer desselben, und nicht etwa blos superficiarius ist. Auch ist allerdings die Verwendung des Darlehens nothwendig, aber es ist verwendet, wenn der Empfänger nachher den Bau aus seinem durch die erhaltene Summe vermehrten

---

w) Für die Bejahung spricht, daß in beiden Fällen das privilegium exigendi, auf welches das ältere Recht die gesetzliche Sicherung der Ehefrau beschränkte, zugestanden wird, L. 74 D. de iure dot. (23, 3), L. 17 §. 1 D. de reb. auct. ind. (42, 5), L. 22 §. 13 D. sol. matr. (24, 3). Gegen diesen Vorgang wird es schwer seyn, die dürre Regel, daß singuläre Rechte nicht ausgedehnt werden dürfen (worauf sich die verneinende Meinung stützt), geltend zu machen.

x) Justinian hat schwerlich die Absicht gehabt, durch das Erforderniß der Rechtgläubigkeit in Nov. 109 die Juden auszuschließen; die Ausschließung der irrgläubigen Christen war auf seinem Standpunkt eine Consequenz, die der Juden wäre eine blanke Willkür gewesen.

y) L. un. §. 1 C. de rei ux. act. (5, 13).

z) Nov. 22 c. 44 §. 2. 3. 9. Vgl. Vangerow, Leitf. §. 375, Heimbach, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XVI. S. 33 ff. (1841).

aa) Nov. 7 c. 3 §. 2.

bb) L. 1 D. h. t. (20, 2).

Vermögen geführt hat; die Verwendung derselben Geldstücke ist natürlich nicht nöthig. Wohl aber würde das gesetzliche Pfandrecht nicht entstehen, wenn nachher ein Anderer das Gebäude dem Bauherrn animo donandi aufführte.

2) Pupillen (und Minderjährige) an Sachen, die mit ihrem Geld von irgend jemandem (nicht für sie) gekauft sind, wegen der Erstattung des Geldes, wenn sie nämlich dieses dem Eigenthum an den Sachen selbst (§. 149) vorziehen[cc].

3) Der Verpächter eines praedium rusticum (d. h. hier eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks) an den darauf gebauten Früchten, es mag sie sein Pächter selbst oder ein weiterer, Afterpächter beziehen, wegen der Forderungen aus dem Pachtvertrag[dd]. An den invecta und illata des Pächters dagegen hat er kein gesetzliches Pfandrecht, kann also nur durch Bestellung eines erhalten[ee]. Natürlich kann ein Pächter zugleich Miether eines praedium urbanum seyn, und dann findet auch das folgende Pfandrecht Anwendung.

4) Der Vermiether eines praedium urbanum an den invecta und illata des Miethers, d. h. an den eigenen Sachen, die derselbe in das Grundstück oder Haus einbringt, ut ibi sint (mit denen das praedium benutzt wird), wegen der Forderungen aus dem Miethvertrag[ff]. Hat der Miether weiter vermiethet, so sind die invecta und illata des Aftermiethers nicht dem ersten Vermiether, sondern dem Aftermiether verpfändet; an diesem Pfandrecht aber hat der erste Vermiether ein Pfandrecht (subpignus). Diese Verschiedenheit von dem Pfandrecht unter 3 folgt aus der Verschiedenheit der Gegenstände dieses und jenes Pfandrechts[gg].

5) Vermächtnißnehmer (auch Universalfideicommissarien) an den aus der Erbschaft erworbenen Gütern der Onerirten wegen ihrer Vermächtnisse. Sind mehrere Onerirte pro rata zur Leistung des Vermächtnisses verpflichtet, so haften natürlich die Erbgüter eines jeden nur für seine Schuld, was Manche, die von der irrigen Idee aus-

---

cc) L. 7 pr. D. qui pot. (20, 4), L. 6 C. de servo pign. dat. (7, 8), L. 17 C. de pign. (8, 14). Vgl. Glück, Comm. XIX. S. 48 ff.

dd) L. 7 pr. D. h. t. (20, 2), L. 24 §. 1 D. loc. (19, 2).

ee) L. 4 pr. D. h. t. (20, 2), L. 5 C. de loc. (4, 65).

ff) L. 2—4. 6. 7 §. 1 D. h. t. (20, 2), L. 32 D. de pign. (20, 1). (An fremden Sachen hat der Gläubiger nur possessorischen Schutz. L. 1 §. 5 D. de migr. [43, 32], die man irrig auf das Pfandrecht bezogen hat [z. B. Gläser, Vers. e. Erört. der Frage: ob das Pfandrecht des Hauswirthes sich auch auf solche Gegenstände erstrecke, welche nicht Eigenthum des Miethers sind, 1841]. Vgl. Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R. W. XIV. 213. R.)

gg) L. 5 pr. D. h. t. (20, 2), L. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7).

gehen, als wäre die Erbschaft im Ganzen Gegenstand dieser Hypothek, mit Unrecht für etwas exorbitantes und gegen die Regel von der Untheilbarkeit des Pfandrechts angenommenes halten[hh]).

IV. Endigung des Pfandrechts[a]).

§. 202.

Zwey Endigungsarten des Pfandrechts gründen sich auf seine eigenthümliche Natur: 1) es erlischt mit der Forderung, für die und als deren Accessorium es besteht[b]), nur muß sie gänzlich, der Quantität und dem Grad nach, aufgehoben seyn[c]); 2) der Verkauf des Pfandes durch den dazu berechtigten Pfandgläubiger hebt alle daran bestehenden Pfandrechte auf[d]), der Verkauf durch den Eigenthümer hat natürlich diese Wirkung nicht[e]).

Erlöschungsgründe allgemeinerer Art, nur zum Theil für das Pfandrecht besonders gestaltet, sind: der Verzicht, remissio pignoris, der auch stillschweigend geschehen kann[f]); Ersitzung der Freiheit, die

---

hh) L. 1. 2 C. comm. de leg. (6, 43), Nov. 108 c. 2, v. Löhr, Archiv f. civ. Pr. V. 7.

a) Dig. XX. 6: quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

b) Cod. VIII. 31: de luitione pignoris. L. 5 pr. 6 pr. §. 1, L. 13 D. h. t. (20, 6), L. 43 D. de solut. (46, 3), L. 11 §. 1. 2 D. de pign. act. (13, 7).

c) L. 19 D. de pign. (20, 1), L. 2 C. debitorem vend. p. (8, 29). Cod. VIII. 32: si unus ex pluribus heredibus creditoris et debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. — S. §. 194 Note d, L. 7 §. 1 C. de praescr. XXX ann. (7, 39).

d) Cod. VIII. 20: si antiquior creditor pignus vendiderit. Vgl. §. 205, und wegen abweichender Interpretation eines besonderen Falls §. 213 a. E. (Platner im Archiv f. civ. Pr. XXXII. 4, Schmid, Cession S. 232 f., Dernburg II. §. 115, Windscheid §. 249, 2. — Singulär ist die Erlöschung durch Verkauf vom Fiscus oder Regenten, L. 2. 3 C. de quadr. praescr. [7, 37], und dem Beneficialerben, L. 22 §. 6—8 C. de iure del. [6, 30]. R.)

e) L. 40 C. de rem. pign. (8, 26). Nur wenn der Erbe, der mit dem beneficium inventarii angetreten hat, zur Befriedigung der Gläubiger Sachen verkauft, erlöschen die daran bestehenden Pfandrechte der Erbschaftsgläubiger, diese haben sich an die befriedigten Legatarien und Gläubiger zu halten, L. 22 §. 8 C. de iure delib. (6, 30).

f) Cod. VIII. 26: de remissione pignoris. Rückgabe der Pfandverschreibung L. 7 C. eod. Einwilligung in die Veräußerung, L. 4 §. 1, L. 8 §. 6—15 D. h. t. (20, 6), L. 158 D. de R. I. (50, 17), L. 2. 11 C. de rem. pign. Stillschweigende Einwilligung in dieselbe, L. 1. 6. 8 C. eod., Einwilligung in die weitere Verpfändung, L. 9 §. 1, L. 12 pr. D. h. t. (20, 6), L. 12 §. 4 D. qui pot. (20, 4): Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit, pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quaeritur. Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit,

dadurch geschieht, daß jemand in dem zur Ersitzung des Eigenthums geeigneten Besitz der Sache zehn, zwanzig, dreißig und mehr Jahre hindurch sich befindet, ohne die Existenz des Pfandrechts zu kennen[g]); Ablauf der Zeit, für die das Pfandrecht bestellt ist[h]); bey dem pignus praetorium Wiederaufhebung der Missio, die es begründet; Untergang des Gegenstands[i]); Confusion d. i. Zusammentreffen des Pfandrechts und des Eigenthums in derselben Person[k]). In solchen Fällen, wo Billigkeit und die wahre Intention des Geschäfts es erheischen, wird dieser Untergang verhütet, nicht durch die Annahme eines Pfandrechts an der eigenen Sache, sondern dadurch, daß der Erwerb des Eigenthums als nicht geschehen angenommen, das Geschäft vielmehr auf eine mit der Erhaltung des Pfandrechts verträgliche Weise interpretirt wird[l]).

---

utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor alii
obligari hypothecam, an ut ordo servetur, et prior creditor secundo loco con-
stituatur.

g) L. 44. §. 5 D. de usurp. (41, 3), L. 1 §. 2 D. de pignor. (20, 1), L. 7 C.
eod. (8, 14), L. 8 pr. §. 1 C. de praescr. XXX ann. (7, 39), L. 5 §. 1 D. de div.
temp. pr. (44, 3), Cod. VII. 36: si adversus creditorem praescriptio opponatur.

h) L. 6 pr. D. h. t. (20, 6).

i) L. 8 pr. eod., L. 18 pr. 40 §. 2 D. de pign. act. (13, 7), L. 13 pr. 16 §. 2,
(Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. V. 2. Nr. 7 [1848]. R.)
L. 29 §. 2 D. de pign. (20, 1). (Kein Anspruch des Gläubigers auf die Assecuranz-
summe, zu welcher das verpfändete Haus versichert war: Madai, im Archiv für
die civ. Praxis XXVI. 8 [1843]. R.)

k) L. 29 D. de pign. act. (13, 7): Si rem alienam bona fide emeris et mihi
pignori dederis ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit,
desinit pignus esse et sola precarii rogatio supererit, idcirco usucapio tua inter-
pellabitur. L. 33 §. 5 D. de usurp. (41, 3), L. 45. pr. D. de R. I. (50, 17).

l) L. 6 D. de distr. pign. (20, 5): Cum posterior creditor a priore pignus
emit, non tam adquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intelli-
gitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest. §. 213. L. 1 C. si
antiqu. cred. (8, 20). L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2), L. 17 D. qui pot.
(20, 4), L. 3 C. de his qui in prior. (8, 19), vgl. Puchta, Cursus der Inst. II.
§. 251 Nr. 5. Diese Fälle haben mehrere Juristen veranlaßt, den monstrosen Be-
griff eines Pfandrechts an der eignen Sache anzunehmen, s. z. B. Wening, Archiv
für civ. Pr. VI. 5. Nicht begründeter ist der Ausweg, den Andere eingeschlagen
haben (s. z. B. Sintenis, Pfandr. §. 17), eine Fortdauer des Pfandrechts in den
fraglichen Fällen zu leugnen und ihm eine bloße Exception gegen andere Pfand-
gläubiger zu substituiren. (Eben so wenig liegt ein innerer Grund für die Be-
schränkung auf die Unkenntniß des eigenen oder der späteren Pfandrechte vor,
welche Manche, z. B. Francke, Abh. Nr. 2, Sintenis S. 113, Vangerow §. 392,
Puchta, Vorles. §. 202 aus L. 9 pr. D. h. t. und den Worten der L. 30 §. 1 cit.
quod tunc, quum de eodem fundo ageretur ignorabat, hergeleitet haben. Die
erstere bezieht sich gar nicht auf Confusion, sondern auf gegenseitige Remission, die
letztere will nur den Grund der Uebergehung des Pfandrechts im ersten Urtheil

V. Inhalt des Pfandrechts.

A. Extensiver oder Umfang.

1. Hinsichtlich des Gegenstands.

§. 203.

Der verpfändete Gegenstand haftet ganz und ungetheilt für die Forderung[a]). Bey einer generellen Verpfändung haften die einzelnen darin wirklich begriffenen Gegenstände[b]), wie wenn sie speciell verpfändet wären[c]). Die Verpfändung einer universitas rerum ist in Beziehung auf die darin begriffenen Sachen eine generelle, wovon derselbe Grundsatz gilt[d]). Das Pfandrecht erstreckt sich natürlich auf

---

erklären. Vgl. L. 1 C. si ant. [8, 20], Dernburg II. 570, Brinz II. S. 303, Windscheid §. 248, 26, 27, Arndts §. 389 Anm. Ueber das Bedenken eines Pfandrechts an der eigenen Sache setzen sich schon die römischen Juristen deshalb hinweg, weil die Confusion keine Befriedigung enthält, wie sie das Arbitrium in der formula hypothecaria: eamque pecuniam neqne solutam neqne eo nomine satisfactum esse etc. voraussetzt. Vgl. auch L. 59 pr. D. ad S. C. Treb. [36, 1], die man nur nicht mit Büchel, Erört. I. S. 50, auf jede Erlöschung der Forderung ohne Befriedigung ausdehnen darf. Arndts §. 391 Anm. R.)

a) L. 6 C. de distr. pign. (8, 28), L. 19 D. de pign. (20, 1), L. 1. 2 C. si unus ex plurib. hered. (8, 32). (pignoris causa indivisa est: Dernburg §. 82—85 II. S. 28 f. R.)

b) Welche dieß sind bey einer Verpfändung des ganzen Vermögens, s. in L. 9 C. qnae res pign. (8, 17), L. 1 C. eod., L. 6—8 D. de pignor. (20, 1).

c) L. 8 §. 5 C. de sec. nupt. (5, 9), L. 47 pr. D. de iure fisci (49, 14), L. 1 C. de conven. fisci deb. (10, 2). Eine Ausnahme, deren Anwendbarkeit mit ihrem Gegenstand weggefallen ist, enthält L. 6. 9 D. in qnib. caus. pign. (20, 2), daß eine generelle Verpfändung die Manumission eines Sclaven, welcher unter das Genus fällt, nicht hindert, vgl. L. 2. 3 C. de servo pign. dato (7, 8). L. 9 cit. lautet: Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventione manifestarii pignoris nomine tenentur, quod manumittere mancipia obligata pignori non possumns, inhabitantes autem manumittimns, scilicet antequam pensionis nomine percludamur. tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus, et derisus Nerva iureconsultus: qui per fenestram (den Weg der Diebe: L. 3 D. de pign. act. 13, 7. R.) monstraverat, servos detentos ob pensionem liberari posse. L. 6 cit.: Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, nt perinde teneantur invecta et illata, ac si specialiter convenisset, certe libertati huiusmodi pignus non officit. idque et Pomponius probat; ait enim manumissioni non officere ob habitationem obligatum.

d) Eine in der Natur der Sache begründete Ausnahme für die Verpfändung eines Waarenlagers enthält L. 34 pr. D. de pign. (20, 1): Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit,

die integrirenden Bestandtheile der Sache[e]), nicht aber auf andere Accessionen derselben; auch an den Erzeugnissen, wenn sie nicht mit verpfändet sind, hat der Pfandgläubiger kein besonderes Pfandrecht, nur gehören sie unter gewissen Voraussetzungen zu den Nebengegenständen der hypothekarischen Klage (§. 215)[f]).

et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit, ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Ohne Grund wollen Manche, z. B. Warnkönig, Archiv für civ. Pr. XI. 9 (1828), Hoffmann, über den Einfluß allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners (1830), diese Ausnahme zur Regel machen, s. unter Andern Zimmern, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. I. 2, 2 (1827) und vgl. auch Glück, Comm. XVIII. S. 331 ff. (Wächter, Erörterungen [1845] Heft I. Nr. 1 S. 20—25, Dernburg §. 59, Huschke, Ztschr. für Civilr. und Proc. XX. S. 252. 253, Vangerow I. §. 369, 3, Brinz I. S. 297, Windscheid §. 226a. Anm. 4, Arndts §. 368, 3. R.)

e) L. 13 pr. de pign. (20, 1): Grege pignori dato, quae postea nascuntur tenentur, sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. L. 21 D. de pign. act. (13, 7): Domo pignori data et area eius tenebitur, est enim pars eius. et contra, ius soli sequetur aedificium. L. 18 §. 1 D. eod., L. 16 pr. 29 §. 2 D. de pignor. Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proc. XX. S. 246 ff. (Nicht aber auch die insula in flumine nata, alveus relictus arg. L. 9 §. 4 D. de usufr. [7, 1], L. 3 §. 2 D. de aqua quot. [43, 20], und der Schatz; auch nicht unbedingt der zurückfallende Nießbrauch. L. 18 §. 1 D. de pign. act. [13, 7]. Windscheid §. 226, 13, Dernburg I. S. 437, Windscheid §. 226a, 12, Arndts §. 368, 1. R.)

f) Cod. VIII. 35: de partu pignoris et omni causa. Im Fall der namentlichen Verpfändung oder ihres Fallens unter das verpfändete Genus, L. 1 §. 2, L. 13 D. de pign. (20, 1), L. 29 §. 1 eod.: Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem eius. Ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata. Eben so lassen sich verstehen L. 26 §. 2 eod., L. 1 C. de partu pign., L. 18 §. 2 D. de pign. act. (13, 7). Von den Früchten als causa rei bey der vindicatio pignoris sprechen L. 16 §. 4 D. de pign.: Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent, et res non sufficit. L. 3 C. in quib. caus. pign. (8, 15). Die Regel spricht aus Paul. sent. II. 5, 2: Fetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. (Auch die Interpretatio enthält, unjuristisch wie sie gefaßt ist, nichts anderes, und unterstützt die Annahme einer Corruption keineswegs.) Anders Huschke, Studien I. (1830) S. 370. (Francke, von den Früchten des Pfands, Archiv für civ. Pr. XXX. Nr. 6 [1847], Arndts §. 368, 3, und über die Litteratur der Controverse Vangerow §. 370, I. S. 823 Aufl. 7, insbesondere über Jancke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers: Demelius krit. Vierteljahrsschr. IV. S. 302 f. R.)

2. Hinsichtlich der Forderung.

§. 204.

Das Pfand haftet für die Forderung, für die es gegeben ist, und ihre Accessionen, d. h. für alles, was mit dem aus der Forderung entspringenden Rechtsmittel gefordert werden kann, unter dieser Voraussetzung also auch für die Zinsen[a]), ferner für die auf das Pfand gemachten Verwendungen, soweit der Gläubiger ihren Ersatz fordern kann[b]). Auf andere Forderungen erstreckt sich das Pfandrecht nicht, doch hat der Gläubiger, wenn er im Besitz des Pfandes ist, die exceptio doli gegen den seine Herausgabe fordernden Schuldner wegen seiner sonstigen Forderungen an denselben[c]).

---

a) L. 8 §. 5 D. de pign. act. (13, 7): Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. Außerdem muß das Pfand mit für die Zinsen namentlich gegeben seyn, L. 11 §. 3 D. eod., L. 13 §. 6 D. de pignor. (20, 1): Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus. (Die Zusammenstellung mit der Conventionalstrafe zeigt, von welchen Zinsen hier die Rede ist.) L. 18 D. qui pot. (20, 4), L. 4. 22 C. de usur. (4, 32). (Die Verpfändung ist aber zu präsumiren, wenn der Verpfänder die Zinsbarkeit der Hauptforderung gekannt hat. Dernburg I. S. 555, Arndts §. 369, 3. R.)

b) L. 8 §. 5 D. de pign. act. (Note a), L. 6 C. de pign. (8, 14). Ohne Grund leugnen es Einige für die impensae utiles, z. B. Weber, Versuche über das Civilrecht, 1801. S. 188 ff.

c) L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse (8, 27): — At si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre (Gordian.). Ohne Grund und gegen den Wortlaut der Constitution wird diese Bestimmung von Vielen auf das Faustpfand eingeschränkt. Die Bestimmung enthält eine Ausnahme von der Regel, nach welcher das Retentionsrecht mit der Forderung des Klägers oder ihrem Gegenstand connexe Forderungen voraussetzt (§. 94), aber in der Natur des Faustpfands liegt nichts, was eine Beschränkung auf dasselbe rechtfertigen könnte. Die factische Voraussetzung des Innehabens der Sache kann auch bey dem hypothekarischen Gläubiger eintreten. — Controverse über die Statthaftigkeit dieses Retentionsrechts im Concurs Glück, Comment. XV. S. 132 ff., Bayer, Concursproc. §. 28. (Dernburg II. S. 106 f.), und über das Retentionsrecht überhaupt: L. 41 D. de iud. (5, 1), L. 20 D. qui pot. (20, 4), L. 4 C. de usur. (4, 32), Dernburg II. §. 92 f. S. 94 f., deutsches Handelsgesetzbuch §. 313—316. R.)

B. Intensiver Inhalt.

1. Recht des Verkaufs[a]).

§. 205.

Die Befugniß, das Pfand zu verkaufen, um sich dadurch bezahlt zu machen, bildet den wesentlichen Inhalt des Pfandrechts[b]). Diese distractio pignoris setzt aber die Nichterfüllung der Verbindlichkeit von Seiten des Schuldners[c]), und zwar in der Regel mora solvendi voraus[d]), ferner die Beobachtung der dem Verpfänder gesetzlich ver-

---

a) Dig. XX. 5. C. VIII. 28: de distractione pignorum et hypothecarum. 29: debitorem venditionem pignoris impedire non posse. 30: si vendito pignore agatur. 46: creditorem evictionem pignoris non debere. Vgl. Müller, civ. Abhandl. 1833. Abh. 3, Bachofen I. S. 84—93, Platner im Archiv für civ. Pr. XXXII. 4, Dernburg I. §. 8 S. 84—93, II. §. 95—117. 120 S. 108 f., Schmid, Cession I. S. 222 f. R.)

b) L. 4 D. de pign. act. (13, 7): Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit. L. 7 §. 2 D. de distr. pign. (§. 145 Note c). (Diese Auffassung ist zwar allgemein verbreitet, aber gleichwohl nicht richtig. Das Pfandrecht ist vielmehr seinem Wesen nach auf Wiedereinlösung berechnet, diese würde durch den Verkauf unmöglich werden, da sie den Gläubiger außer Stand setzt, seiner Verpflichtung auf Rückgabe des Pignus nachzukommen. Daher bedurfte es ursprünglich einer gewillkürten Bestimmung (pactum conventum), ähnlich der lex commissoria, nur daß bey dieser der Gläubiger die Sache selbst behielt. Vgl. das Formular in der Zeitschr. für R. G. IX. (1870) S. 117 f., Krüger, krit. Vers. (1870) S. 41 f. Später versteht sich die Distraction freilich so sehr von selbst, daß sie sogar durch gewillkürte Bestimmungen nicht mehr völlig ausgeschlossen werden kann. Note b §. 145 e. L. 3 D. quae res p. (20, 3). Gleichwohl enthält sie nur einen Executionsmodus, der so wenig zum Wesen des Pfandrechts gehört, wie zum Begriffe einer Obligation der Vermögensverkauf im Concurse gerechnet werden kann. R.)

c) L. 1. 6. 8 C. de distr. pign. (8, 28).

d) Anders wenn dem Gläubiger das Recht zu verkaufen, sowie die Zahlungszeit verstrichen wäre, besonders paciscirt ist, wodurch auch die Beobachtung der Frist und der Denunciation an den Schuldner (Note e. f.) wegfällt, L. 8 §. 3 D. de pign. act. (13, 7), vgl. auch L. 7 C., L. 4 D. de distr. pign. Von Mehreren wird das Erforderniß der Mora bestritten, s. z. B. Vangerow, Leitfaden §. 379. (Bachofen S. 165. 640 f., für dasselbe wieder Dernburg II. S. 122 f., und das deutsche Handelsgesetzb. §. 310. 311. R.) Daß sogar der Gläubiger, der in mora accipiendi ist, verkaufen könne (nämlich während der Fortdauer dieser mora), enthält die dafür angeführte L. 2 C. debitorem venditionem (8, 29) keineswegs. (Vgl. L. 25 §. 14 D. fam. herc. (10, 2), jedoch auch L. 5. 8 C. de distr. pign. (8, 28),

willigten Frist[e]) und der sonstigen Vorschriften über die Art des Verkaufs[f]), endlich die Priorität des Gläubigers, d. h. daß ihm kein Anderer vorgehe[g]). Gegenüber dem Käufer wird der Gläubiger als Procurator des Verpfänders betrachtet[h]). Durch die Befriedigung des Gläubigers aus dem Kaufpreis[i]) wird der Schuldner befreit[k]).

---

wonach die Oblation allein, als nicht ernstlich gemeint, zur Abwendung des Verkaufs nicht mehr hinreicht. Dernburg II. S. 126. R.)

e) Beym Privatverkauf zwey Jahre, L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34), beym gerichtlichen zwey Monate, L. 31 D. de re iud. (42, 1).

f) Oeffentlicher Verkauf, L. 2. 3 C. si in causa iudic. (8, 23); Privatverkauf durch den Gläubiger, L. 4. 10 C. de distr. pign. (8, 28), L. 3 pr. §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34). Er muß bona fide dabey verfahren, L. 4. 9 C. de distr. pign., L. 3 C. si vendito pign. (8, 30), L. 22 §. 4 D. de pign. act. (13, 7).

g) L. 1 D. de distr. pign. (20, 5), L. 8 C. qui pot. (8, 18), L. 1 C. creditorem evict. (8, 46). Gegen die irrige Meinung, daß auch dem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht des Verkaufs zustehe, s. Löhr, Archiv für civ. Pr. XIV. 7. Besonderes Recht bey dem pignus in causa iudicati captum, L. 15 §. 5 D. de re iud. (42, 1).

h) L. 2 C. si antiqu. cred. (8, 20), L. 1. 2 C. credit. evict. (8, 46), L. 11 §. 16 D. de A. E. V. (19, 1), L. 29 D. fam. erc. (10, 2): Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiae erciscundae iudicium venire, sed is, cui adiudicabitur, in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus. nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit, quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit, ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem potest, si alteram partem creditor emerit; adiudicatio enim necessaria est, emtio voluntaria, nisi si obiiciatur creditori, quod animose licitus est, sed huius rei ratio habebitur, quia, quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset, et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori. (Vgl. §. 511 Note e. R.) L. 10 §. 1 D. quib. mod. pign. (20, 6). Creditor quoque, si pignus distraxit, et ex venditione recessum fuerit vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus, quibus concessum est, rem alienam vendere. non enim quia dominium transferunt, ideo ab emtore ius eius recipiunt, sed in pristinam causam res redit resoluta venditione.

i) L. 35 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 24 §. 2, L. 42 eod., L. 9 §. 1 D. de distr. pign. (20, 5). (Wirkung des Verkaufs und der Uebergabe ohne Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises: Platner, Archiv für civ. Pr. XXXII. [1849]. 4. Vertheilung des Erlöses aus mehreren Pfandobjecten, die mit einer Hypothek für eine und dieselbe Forderung belastet sind: H. Luden, Archiv für civ. Pr. N. F. III. 1. R.)

k) L. 9 pr. D. eod., L. 26 D. de solut. (46, 3), L. 59 §. 4 D. mand. (17, 1): Creditor pignus vendidit: quaero an si evicta sit possessio emtori, regressum creditor ad mandatorem habere possit? et an intersit, creditoris iure vendiderit, an communi iure promiserit? Paulus respondit, si creditor ex pretio

2. Recht des Zuschlags[a]).

§. 206.

Wenn kein oder kein annehmlicher Käufer sich findet, so kann bey dem gerichtlichen Verkauf des pignus in causa iudicati captum der Gläubiger die Addiction der Pfänder um seine Forderung verlangen[b]), außerdem hat er bey diesem wie jedem anderen Pfandrecht in jenem Fall das Recht, den Zuschlag um die Taxe, mit Vorbehalt des Ueberschusses seiner Forderung und Herausgabe des Ueberschusses des Werths, von dem Regenten zu fordern (s. g. ius dominii impetrandi)[c]). Zwey Jahre lang vom Datum dieses Zuschlags an hat der Schuldner das Einlösungsrecht, so lange also bleibt das Eigenthumsrecht des Gläubigers und die Tilgung seiner Forderung durch den Zuschlag noch unentschieden[d]).

3. Einfluß gewillkürter Bestimmungen auf den Inhalt des Pfandrechts[a]).

§. 207.

Es können besondere Verabredungen getroffen werden über die Art des Verkaufs durch den Gläubiger[b]), mit Abänderung der gesetzlichen Vorschriften darüber (§. 205); ferner kann das Veräußerungsrecht des Schuldners beschränkt werden[c]). Auch sonst finden Er-

---

pignorum debitum consecuturus non sit, mandatorem liberum non videri. Ex hoc responso apparet, si evictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad liberationem. L. 22 §. 4 D. de pign. act. (13, 7): Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit — nam usu hoc evenerat — et conventus ob evictionem erat et condemnatus, an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit. Si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quando vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.

a) Cod. VIII. 34: de iure dominii impetrando. (Dernburg II. S. 240 f. R.)

b) L. 15 §. 3 D. de re iud. (42, 1), L. 2 C. si in causa iud. (8, 23).

c) L. 3 §. 2—6 D. h. t., L. 3 C. si in causa iud.

d) L. 63 §. 4 D. de adqu. dom. (41, 1), L. 2 C. h. t., L. 3 §. 5 C. eod.

a) Dig. XX. 1: de pignor. etc. et de pactis eorum. Cod. VIII. 35: de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda.

b) L. 3 §. 1 C. de iure dom. imp. (8, 34), L. 5 D. de pign. act. (13, 7), vgl. §. 205 Note b. d.

c) Ohne daß jedoch Nichtigkeit der Veräußerung die Folge davon wäre (vgl. §. 145 Note e). Schon die specielle Verpfändung einer Sache bewirkt, daß durch

weiterungen der Rechte des Gläubigers Statt, wie namentlich durch das Pactum antichreticum [d]), verboten aber ist die lex commissoria, wonach der Verpfänder durch Nichtleistung seine Ansprüche gegen den Gläubiger verlieren, diesem also das Pfand für seine Forderung verfallen seyn soll [e]).

4. Inhalt bey verpfändeten Rechten.

§. 208.

Der Inhalt des Pfandrechts besteht auch hier in dem Recht des Verkaufs (des Rechts oder der Ausübung), und wie bey der Verpfändung einer Sache dem Gläubiger der Besitz für die Dauer des Pfandrechts eingeräumt werden kann, so auch hier die Ausübung des Rechts [a]). Auch das pignus nominis, welches in einer bedingten

---

die dolose Veräußerung derselben der Verpfänder sich eines Furtums gegen den Gläubiger schuldig macht, L. 19 §. 6, L. 66 pr. D. de furt. (47, 2). (Durch Nov. 112 c. 1 soll dem Schuldner die gefährliche Erlaubniß gegeben seyn, sogar während der Verhandlung der Pfandklage die verpfändete Sache zu veräußern: Zimmermann: Archiv für civ. Pr. XXXV. [1852] S. 444. In jener Bestimmung liegt aber nur, daß die Veräußerung nicht wegen der Litigiosität nichtig und strafbar ist, die actio furti wegen doloser Veräußerung wird dadurch nicht aufgehoben. Auch die actio hypothecaria erlischt erst durch Befriedigung des Gläubigers. R.)

d) L. 11 §. 1 D. h. t. (20, 1). S. §. 320.

e) L. 3 C. h. t. (Constantin.). Nicht unter dieses Verbot fällt die spätere Ueberlassung des Pfands an Zahlungsstatt, L. 13 C. de pignor. (8, 14), L. 12 pr. D. de distr. pign. (20, 5), die frühere Uebereinkunft, daß der Gläubiger im Nichtzahlungsfall, oder der Bürge, wenn er zahlen muß, das Pfand um einen billig zu bestimmenden Preis oder um den zeitigen Courspreis haben soll, L. 16 §. ult. D. de pign. (20, 1), L. 81 pr. D. de contr. emt. (18, 1), Glück, Comm. XIV. S. 96 ff. — Eine sehr ausführliche „Dogmengeschichtliche Darstellung der L. von der l. comm. b. Pfandr." giebt Warnkönig, Archiv für civ. Pr. XXIV. S. 1 ff. S. 312 ff. XXV. S. 60 ff. S. 226 ff. S. 420 ff. (Dernburg II. §. 122—124 S. 273 f. Mittelalterliches Recht der eidlichen Bestärkung: c. 7 X. de pign. [3, 21], c. 1. 6. 20 X. de iureiur. [2, 14], Glück, 14 S. 93 f., Dernburg II. S. 285. 286, Warnkönig XXV. S. 226 f. Gegen die Wirksamkeit: Seuffert §. 203 Anm. 3. R.)

a) L. 11 §. 2, L. 12 D. de pign. (20, 1). (Arndts §. 367, 2c: „so gewiß der Pfandverkauf der res nec mancipi nach altem Recht, jeder Sache nach neuerem Recht dem Käufer durch hinzukommende Tradition volles Eigenthum giebt, so gewiß muß ihm nun auch in obigem Fall das volle Recht der Servitut zugesprochen werden." Scheinbar und doch nicht schlüssig, denn die Unübertragbarkeit der Servituten und des Ususfructus auf ein anderes Grundstück, oder auf die Lebenszeit eines andern Fructuars, also dem Recht nach, besteht noch im neuesten Recht: cedendo extraneo nihil agitur. Es bleibt also in der That nur die Ausübung [possessio] als Inhalt der Verpfändung übrig, und bey servitutes

Cession der Forderung besteht[b]), enthält jenes Verkaufsrecht[c]), aber hier tritt noch hinzu, daß der Pfandgläubiger die verpfändete Forderung, soweit sie ihm cedirt ist[d]), ihre Fälligkeit natürlich vorausgesetzt, selbst geltend machen[e]), und durch ihre Eintreibung sich bezahlt machen, oder wenn es keine Geldforderung ist, ihren Gegenstand als Pfand behandeln kann[f]). Eben so ist beim subpignus dem Gläubiger das Recht des Verpfänders cedirt, er übt das verpfändete Pfandrecht aus, wie dieser es ausüben würde[g]).

---

praediorum urbanorum nicht einmal diese. Litteratur: Büchel, civ. Erört. (1834) S. 74—95, 2. Aufl. (1847) S. 425—429, v. d. Pfordten, Archiv für civ. Pr. XXII. (1839) S. 24 f., Zachariä v. Lingenthal, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae (1844) S. 31—58, Rudorff, krit. Jahrb. für R. W. XV. S. 323—326, Lang, Archiv für civ. Pr. XXIX. (1846) 10, Schmid, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. F. V. (1848) S. 327—364, Elvers, Servitutenrecht §. 38, Keller, Jahrb. des gem. Rechts II. (1858) 4, Dernburg II. §. 63, Cohnfeldt, irregul. Serv. (1862) S. 87—98, Vangerow I. §. 367 Anm. n. II., Göppert, Archiv für civ. Pr. XLIX. (1866) 12, Bremer, Pfandrecht (1867) S. 127 f. 194 f. R.)

b) Mühlenbruch, Cession d. Ford. §. 52 S. 519. Huschke, de pignore nominis etc. 1820. Von dieser juristisch allein möglichen Auffassung, welche übrigens einzelne Modificationen nicht ausschließt, entfernt sich wieder Buchka, de pign. nom. 1843. (Vgl. überhaupt Dernburg I. S. 461—475, Bremer, Pfandrecht S. 207 f., Windscheid §. 239, 7—12, Schmid, Cession S. 114—140, Vangerow I. §. 368 S. 812 f., Arndts §. 382, 1. R.)

c) L. 15 §. 10 D. de re iud. (42, 1), L. 7 C. de hered. v. act. vend. (4, 39).

d) L. 4 C. quae res pign. (8, 17).

e) L. 7 C. de hered. vel act. vend. (4, 39).

f) L. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 13 §. 2 D. de pign. (Note g). Mit Unrecht haben Einige (z. B. Mühlenbruch, Cession S. 346) die Worte pignoris loco esse in diesen Stellen von einem bloßen Rententionsrecht verstanden.

g) L. 1 C. si pignus pign. (8, 24): Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, iamdudum placuit, scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui ius repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius, qui dedit —. L. 13 §. 2 D. de pign. (20, 1): Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non. quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum (Hal. Vulg. exactam a creditore se compensaturum; Huschke in Linde's Zeitschrift XX. S. 227 f.: cuius nomine pignori datum est, exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum. R.), si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Die Ausdrücke rem pignoratam pignori accipere und ähnliche (welche, wenn ihr Kern heraus-

IV. Priorität[a]).

§. 209.

Unter mehreren Pfandrechten an demselben Gegenstand entsteht eine Collision theils in Beziehung auf das ius distrahendi, theils in Beziehung auf die Befriedigung, wenn der Verkaufswerth nicht zur Tilgung aller Forderungen hinreicht. Nicht alle Pfandrechte stehen in dieser Hinsicht gleich[b]). Nur der prior creditor (d. h. dem kein Anderer vorgeht) hat ein vollkommen wirksames Pfandrecht[c]). Die Priorität wird bestimmt 1) durch das Alter des Pfandrechts[d]); 2) durch besondere Rechtsvorschrift (§. 211. 212). Die Entstehungsart des Pfandrechts (durch Bestellung oder durch Rechtssatz, durch generelle oder specielle Verpfändung) begründet an sich keinen Vorzug[e]), und eben so wenig ist in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Hypotheken und Faustpfandrechten[f]).

---

gekehrt wird, der Auffassung im Text nicht entgegenstehen) haben Manche (z. B. Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläub. (1834), Vangerow, Leitfaden §. 368) (und Andere bei Sohm, Subpignus S. 60. R.) verleitet, als Gegenstand des Afterpfandrechts die Sache selbst anzusehen, von welchem Standpunkt aus eine richtige Gestaltung des Verhältnisses nicht möglich ist. — Die Streitfrage, ob beym Afterpfand die Forderung mit verpfändet sey? ist so zu beantworten: sie ist es, soweit sie im Pfandrecht mit geltend gemacht wird, aber an sich auch nur so weit. Vgl. Mühlenbruch, Cession S. 336 ff., Hepp, Archiv für civ. Pr. XV. 4, Vangerow a. a. O. (Litteratur: Sohm, die Lehre vom subpignus (1864), vgl. oben §. 193 d, eine Schrift, deren Verdiensten die Rec. v. Bekker, krit. V. J. Schr. VI. S. 413 f., Regelsberger in Schletters Jahrb. XI. S. 3 f. nicht ganz gerecht werden. Die ältere Litteratur s. b. Windscheid §. 239, 13. R.)

a) Dig. XX. 4: qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. VIII. 18: qui potiores in pignore habeantur. 19: de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

b) Gleich aber stehen Gläubiger, denen dieselbe Sache von verschiedenen Nichteigenthümern verpfändet ist, insofern keiner gegen den Anderen mit seiner Klage durchdringt, L. 14 D. h. t. (20, 4).

c) Vgl. L. 9 §. 3 eod. (§. 197 Note g), §. 105 Note g. Recht des nachstehenden Gläubigers zur hypothekarischen Klage, L. 12 pr. §. 7 eod.; zum offerre, L. 12 §. 9 eod., s. unten §. 213, auf den Ueberschuß des Preises, L. 12 §. 5, L. 20 eod.

d) L. 11 pr. eod., L. 4. 8 C. eod. (8, 18).

e) L. 2. 7 §. 1 D., L. 6 C. eod. u. a.

f) L. 5 §. 1 D. de pign. (20, 1).

A. Alter der Pfandrechte[a]).

§. 210.

Drey Momente müssen zusammentreffen, wenn ein Pfandrecht entstanden seyn soll, und bestimmen daher den Anfangspunkt seiner Existenz: Forderung, Gegenstand, Entstehungsgrund.

1) Kein Pfandrecht existirt vor der Existenz der Forderung, für die es bestimmt ist[b]); bey einer bedingten Forderung wird diese

---

a) Hepp, Beiträge zur Lehre von der Datirung des Pfandrechts, Archiv für civ. Pr. X. 12 (1827), Gropp, über den Anfangstermin eines Pfandrechts für eine bedingte Schuld, in s. und Heise's Abhdlg. II. 15 (1830). (Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. 1859. (Darüber Fitting in Pözl's Vierteljahrsschr. I. S. 71 f.) Windscheid §. 242—244. R.)

b) Es kommt darauf an, von welchem Zeitpunkt an der Schuldner verpflichtet ist, und dieß hängt von der Natur der Obligatio ab, die Darlehensforderung beginnt erst mit der numeratio, L. 11 pr. §. 1 D. h. t. (20, 4): Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit. poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis exsistat conditio, ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum. cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Quod et melius est. L. 1 §. 1 eod., L. 4 D. quae res pign. (20, 3), dagegen die Dotalforderung mit der Bestellung der Dos, also der dotis promissio, L. 1 pr. D. h. t.: Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. Die unrichtige Ansicht über den Inhalt dieser Stellen s. bey Vangerow, Leitf. §. 372 (die richtige über L. 1 pr. bey Gropp S. 423, Dernburg S. 531—533. R.). Eine Singularität enthält L. 6 §. 2 C. de sec. nupt. (§. 200, 3. b). (Vgl. hiergegen Rudorff zu Puchta, Vorles. §. 210 Anm. 2, Dernburg I. §. 68—70 S. 510—535, Windscheid §. 225, 6. 7. §. 242, 8, Arndts §. 384, 5. 6. Der praktische Kern der Streitfrage liegt darin, ob nicht, ungeachtet der accessorischen Natur des Pfandrechts, ein Pfandrecht, wie Dernburg ausführt, oder eine „Pfandgebundenheit", wie Windscheid lieber will, bereits vor der Forderung angenommen werden dürfe? und diese Frage ist utilitatis causa z. B. wegen der Credithypotheken (Dernburg §. 71, Seuffert, Archiv XIII. 113. 238) eben so gewiß zu bejahen, wie die Anomalie eines Pfandrechts an der eigenen Sache (L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. 44, 2) aus gleichem Bedürfniß gerechtfertigt sein kann. R.)

Existenz beim Eintritt der Bedingung retrotrahirt[c]), und eine Forderung kann existiren auch noch ehe sie geltend zu machen ist[d]).

2) Ein Pfandrecht kann nie früher vorhanden seyn als sein Gegenstand[e]), aber bey der Verpfändung von res futurae entsteht, wenn nur die erzeugende Sache im Vermögen des Verpfänders ist, unmittelbar ein Pfandrecht an der Hoffnung, welches sich in dem Pfandrecht an der nachher entstandenen Sache fortsetzt, und so diesem selbst ein früheres Daseyn giebt[f]). Durch die (specielle oder generelle) Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen entsteht und beginnt ein Pfandrecht erst mit der Erwerbung derselben[g]).

c) L. 11 §. 1 D. eod. (Note b), L. 9 §. 2 eod.: — si modo ea conditio non sit, quae invito debitore impleri non possit, L. 9 §. 1 eod.

d) L. 9 pr. eod., L. 6 in f. C. de bon. qu. lib. (6, 61).

e) L. 11 §. 2 D. h. t. (20, 4): Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eum in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est.

f) L. 11 §. 3 eod.: Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris, et in fructibus si convenit, ut sint pignori, aeque quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris. Vgl. L. 1 §. 2 D. de pign. §. 197 (Note c).

g) L. 7 §. 1 D. h. t. (20, 4): Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat. L. 28 D. de iure fisci (49, 14): Si, qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est. praevenit enim causam pignoris fiscus (Ulp.). Die entgegengesetzte Meinung (siehe z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 312 Note 8), die mit dem Erforderniß des Eigenthums an der erzeugenden Sache bey res futurae (Note f) in Widerspruch steht, will man gründen auf L. 15 §. 1 D. de pign. (20, 1), die nur von dem Bestehen, nicht von dem Alter des Pfandrechts spricht, und auf die eine andere Erklärung zulassende L. 21 pr. D. h. t.: Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisivit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda (Scaevola). Vgl. auch Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Pr. XX. S. 22 ff. (Der Vorrang der von dem frühern Eigen-

3) Ein Pfandrecht beginnt erst mit dem Eintritt des Grundes seiner Entstehung; ein gesetzliches mit der Existenz jener Voraussetzungen (Forderung und Gegenstand), ein richterliches mit dem Act, an welchen die Entstehung des Pfandrechts geknüpft ist[h]), ein pignus voluntarium mit der Bestellung. Ein bedingt gestelltes Pfandrecht wird beim Eintritt der Bedingung auf die Zeit der Bestellung zurückbezogen, die Existenz der Forderung und des Gegenstands zu dieser Zeit vorausgesetzt; wegen dieser Voraussetzung fällt bey der Bedingung: wenn der Verpfänder die verpfändete Sache erwerben würde, die Zurückbeziehung weg[i]). Eine Zeitbestimmung schiebt im Zweifel nur die Ausübung des Pfandrechts, nicht seine Entstehung auf[k]), wäre aber das letztere die Absicht gewesen, so würde keine Zurückbeziehung Statt finden. Gleichzeitig sind Pfandrechte, die an demselben Tag entstanden sind[l]).

---

thümer bestellten Pfandrechte ist freilich schon wegen des Erwerbs cum sua causa unbestreitbar L. 18 §. 2 D. de pign. act. (13, 7), Arndts §. 384, 7; aber auch ein Vorzug der früher von dem neuem Erwerber bestellten wird neuerdings von Vielen vertheidigt: entweder als Ausnahme bey Erzeugnissen, res debitae, bey Convalescenz der Verpfändung einer res aliena, bey gesetzlichen Generalhypotheken, bey dem Fiscus; oder als Regel mit Berufung auf das practische Bedürfniß einer Rangordnung nach der Zeitfolge. Den richtigen Standpunkt für die Beurtheilung giebt aber erst Wächter, Archiv für civ. Pr. XIV. 15 (1831): es handelt sich um eine einschränkende Interpretation der exceptionellen Pfandprivilegien, welche sich auf die von dem frühern Eigenthümer bestellten oder reservirten Hypotheken nicht mit erstrecken sollen. Vgl. Regelsberger S. 68 f., Fitting in Pözl's Vierteljahrsschrift I. S. 87, Dernburg I. S. 246 f., Windscheid §. 242, 10, Arndts §. 384, 8, Seuffert, Archiv VIII. 11, IX. 19. R.)

h) S. §. 198. Mehrere Gläubiger aber, die aus gleichem Grund auf die missio Anspruch haben, werden, wenn sie dieselbe auch successiv erhalten haben, doch als gleichzeitig mittirt, also als gleichstehend in dem pignus praetorium betrachtet, L. 5 §. 3 D. ut. in poss. leg. (36, 4), vgl. L. 2 C. qui pot. (8, 18).

i) L. 7 §. 1 D. h. t. (Note g). Gilt dieß von einer ausdrücklichen Bedingung, so muß es in Beziehung auf die Priorität auch von der Convalescenz einer ohne jene Bedingung geschehenen Verpfändung einer fremden Sache durch nachherige Erwerbung gelten. Anders bey der Convalescenz durch Ratihabition des Eigenthümers, L. 16 §. 1 D. de pign. (20, 1): Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.

k) L. 12 §. 2 D. h. t. (20, 4): Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est. Unde si in diem de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit.

l) L. 16 §. 8 D. de pignor. (20, 1), vgl. L. 10 eod. (Der Grund liegt in der

Singulärer Vorzug gewisser Pfandrechte[a]).

§. 211.

Einen singulären, von dem Alter unabhängigen Vorzug hat 1) das Pfandrecht des Fiscus, und zwar schlechthin wegen der öffentlichen Abgaben[b]), das Pfandrecht wegen seiner sonstigen Forderungen hat nur den Vorzug vor gleichzeitigen Pfandrechten[c]); 2) das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos[d]); 3) das Pfandrecht dessen, welcher für die Erhaltung, Wiederherstellung oder Anschaffung der verpfändeten Sache Gläubiger geworden ist, cuius pecunia salvam fecit totius pignoris causam[e]). Dieses Privilegium (wegen in rem versio wie man es zu nennen pflegt) muß auch für den das Kaufgeld creditirenden Verkäufer gelten, wenn er sich ein Pfandrecht an der ver-

Ungetheiltheit des Tages L. 8 D. de feriis (2, 12), Harmenopul. 3, 5 §. 36, da wir auch die Stunden schärfer scheiden, so fällt dieß weg: Dernburg II. S. 410 f. — Die gleichzeitigen Pfandrechte können partial, (im Zweifel nach Verhältniß der Forderungen) und solidarisch bestellt werden, aber dasselbe Pfandrecht kann nicht, wie Windscheid §. 240, 8, Arndts §. 383, 2 wollen, nach Innen partiell, nach Außen solidarisch seyn. Dernburg I. S. 409. R.) Auf der willkürlichen Festsetzung der Parteien beruht die in L. 13 D. h. t. (20, 4) anerkannte Priorität.

a) Zimmern, geschichtliche Uebersicht der Pfandprivilegien, römisch-rechtl. Untersuchungen (1821) Abhandl. 11,[1] Göschen, Grundriß zu Pand.-Vorl. S. 179 —187. (Dernburg II. §. 152—156 S. 427—471, Vangerow §. 386, 1, Windscheid §. 246. R.)

b) L. 1 C. si propter publ. pensitat. (4, 46), L. 3 C. de primipilo (12, 63).

c) L. 28 D. de iure fisci (§. 210 Note g), L. 8 D. h. t. (20, 4): Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, praeferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est, qui et privati praeferuntur (Ulp.). L. 21 §. 1 eod.: Negotiatori marmorum creditor sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant, numeravit; idem debitor conductor horreorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas Procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit. Quaesitum est, an iure pignoris eos creditor retinere possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, posse (Scaevola). Damit steht auch nicht im Widerspruch L. 21 pr. eod. (§. 210 Note g) und L. 2 C. de priv. fisci (6, 73). Vgl. über die verschiedenen Meinungen Vangerow, Leitf. §. 368.

d) L. 12 §. 1 C. qui pot. (8, 18), Nov. 97 c. 2—4. Von ihren Erben haben nur die Kinder dieses Privilegium, vgl. Nov. 91 pr. Glück, Comment. XIX. S. 278 ff., Vangerow a. a. O. (Streitfragen der Glossatoren: 1) Beschränkung des Privilegs auf Hypotheken, 'sed Azo dicit, quod haec Sarrazenorum est opinio', 2) Beschränkung auf ausdrückliche Hypotheken (Bulgarus), dagegen Martinus: 'sed haec Iudaeorum non est credenda sententia vel referenda', Haenel, diss. (1834) p. 3 (§. 1), p. 103 (§. 51), p. 491 (§. 352). R.)

e) L. 3 §. 1, L. 5. 6. 7 pr. 21 §. 1 D. h. t. (20, 4), L. 7 C. eod. (8, 18), Nov. 97 c. 3. 4. Von den gesetzlichen Hypotheken gehören hierher die Fälle §. 201, 1. 2.

kauften Sache vorbehalten hat, gegenüber den von dem Käufer herrührenden Pfandrechten.

Eine Collision unter den wegen in rem versio privilegirten Pfandrechten (also wenn für mehrere Pfandrechte an derselben Sache jene Qualität eintritt) entscheidet sich nicht nach dem Vorzug des Alters, sondern der Natur der Sache gemäß nach dem Antheil, welchen jeder Pfandgläubiger an der Erhaltung und dem jetzigen Bestand der Sache hat[f]). Was die übrigen Privilegien anlangt, so soll das Pfandrecht des Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben allen schlechthin, also auch jenen, vorgehen, das privilegirte Pfandrecht der Ehefrau weicht dem des Fiscus und dem Pfandrecht, welches sich der Darleiher zum Ankauf einer Militia an dieser mit ausdrücklicher Bedingung der Priorität in einer von Zeugen unterschriebenen Urkunde hat bestellen lassen[g]), nicht aber den übrigen wegen in rem versio privilegirten[h]), ohne daß damit gesagt ist, daß sie, wie gewöhnlich angenommen wird, diesem absolut vorgeht.

Nach einer früher allgemein recipirten Ansicht erstrecken diese Privilegien ihre Kraft nicht auf die Pfandrechte, welche aus der Zeit eines früheren Eigenthümers sich herschreiben, und mit denen die Praxis, um sie gegen die von späteren Eigenthümern verliehenen privilegirten Pfandrechte sicher zu stellen, ein Separationsrecht verbunden hat. Diese Hülfe hat eine dringende Billigkeit für sich gegenüber den rein singulären Privilegien des Fiscus und der Ehefrau, sie ist aber auch diesen gegenüber nicht ohne allen Erfolg in neuerer Zeit angegriffen worden[i]).

— Das Privilegium steht dem Pfandrecht nur für den Theil der Forderung zu, der zu jenem Zweck verwendet worden ist, L. 7 pr. D. h. t.

f) Vgl. L. 7 pr. D. h. t. (20, 4). Man kann auch nicht schlechthin, wie Manche wollen, sagen, daß der jüngere dem älteren vorgeht.

g) Nov. 97 c. 4.

h) Nov. 97 c. 3. 4.

i) Thibaut, civ. Abhandl. 13 (1814), Archiv für civ. Pr. XIV. 10 (1831). Für die alte Praxis s. Hepp, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. IV. 3 (1831), Wächter, Archiv XIV. 15 (1831). (Der versio in rem gegenüber ist zwischen Auslagen zur Erhaltung und zur Anschaffung der Sache zu unterscheiden. Jene nützen auch den Pfandseparatisten, diese nur den Pfandgläubigern des Erwerbers. In letzterem Fall erkennen daher auch die Vertheidiger der Separation (z. B. Windscheid §. 246, 11. 12, Dernburg II. §. 156 S. 457 f., Seuffert, Archiv VIII. 114), in ersterem nehmen auch die Gegner derselben (z. B. Vangerow §. 385, Keller §. 207) eine Ausnahme von ihrer Regel an. Wie aber, wenn der Erfolg der Verwendung später wegfällt? Wächter S. 371. 372 läßt das Privilegium fortdauern, während Windscheid es wie ein ius tollendi behandelt, was jedoch nicht für alle Verwendungen behauptet werden kann. — Streitig ist die Anwendung des Vor-

C. Vorzug des Pignus publicum a).

§. 212.

Die Pfandrechte, die in einer öffentlichen Urkunde, oder in einer solchen, die von drey achtbaren und unbescholtenen Zeugen unterschrieben ist, bestellt sind, sollen den ohne diese Form bestellten, daher mit geringerer Glaubwürdigkeit versehenen ohne Rücksicht auf sonstige Prioritätsgründe vorgehen. Privilegirte Pfandrechte weichen nach dem Grund der Vorschrift eben so gut, als die mit dem Vorzug des Alters begabten b).

Von der Uebertragung der Priorität.

§. 213.

Die wesentliche Verbindung des Pfandrechts mit der Forderung, für welche es besteht, läßt den Uebergang eines bestehenden Pfandrechts, der wegen der Priorität desselben vortheilhafter seyn kann als eine neue Entstehung, nur mit dem Uebergang der Forderung selbst,

---

zugsrechts auf die vorbehaltenen Pfandrechte. Wenn man die Reservation überhaupt anerkennt §. 197 k, so ist kein Grund, den Vorzug zu beschränken. R.)

a) Der Sitz dieses Vorzugs ist ein Gesetz Leo's, L. 11 C. qui pot. (8, 18): Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coëundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet condicionales sint, quos vulgo tabellarios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Es giebt eine doppelte Auffassungsweise dieses Gesetzes: 1) die im Text gegebene, deren Anhänger wieder in einzelnen Punkten von einander abweichen (Note b); 2) die Verordnung betrifft nur den Beweis des Alters, s. Glück's Commentar XVIII. §. 1081, der aber selbst, indem er nicht an der Zuverlässigkeit des Datums festhält, sondern die Glaubwürdigkeit der Existenz überhaupt hereinzieht, in ein ungewisses Schwanken zwischen dieser und der ersten Ansicht geräth.

b) Innerhalb der hier angenommenen Ansicht behaupten Einige den Vorzug des pignus publicum nicht blos gegenüber anderer Conventionalpfandrechten, sondern auch gegenüber den gesetzlichen Hypotheken, so hauptsächlich Löhr, Archiv für civ. Pr. VI. 6. XII. 9. S. dagegen Francke, Beiträge, Abh. 5, Puchta, Cursus



soweit dieser direct oder indirect möglich ist, zu. So kann mit der Cession der Forderung zugleich das Pfandrecht cedirt werden[a]). Dasselbe Verhältniß, wie es durch eine Cession entsteht, wird aber auch, ohne daß eine eigentliche Cession geschehen wäre, angenommen: 1) bey dem, welcher Geld leiht, damit ein Pfandgläubiger abgefunden werde, und sich dafür an demselben Gegenstand ein Pfandrecht bestellen läßt[b]), und eben so wird der Kauf des Gegenstands zum Behuf der Abfindung des Gläubigers interpretirt, wenn nachstehende Pfandgläubiger existiren[c]), ferner die Erlaubniß eines Gläubigers, sein Pfand zu verkaufen, um einen anderen abzufinden[d]); 2) bey einer Novation, wenn sich für die neue Forderung das (alte) Pfandrecht vorbehalten wird[e]), creditor in suum locum succedit. 3) Ein nachfolgender Pfandgläubiger hat das Recht, den vorhergehenden, auch wider dessen Willen, zu befriedigen (ius offerendi) und dadurch das Pfandrecht desselben, wie durch eine Cession, an sich zu bringen[f]). So wird es auch behandelt, wenn ein Pfandgläubiger das von dem potior zum Verkauf

—

der Inst. II. 250. Vgl. §. 213 a. E. (Der Gesetzgebung mußte endlich die Unsicherheit einleuchten, welche durch die generellen, stillschweigenden und privilegirten Pfandrechte entstanden und nur im legislativen, nicht im wissenschaftlichen Wege zu heben war. Die Controversen über das Gesetz Leo's haben jedoch den gesunden legislativen Gedanken im Gebiet des gemeinen Rechts nicht zur Entwicklung kommen lassen (über Ansätze in den tabulae oder ὅροι L. 22 §. 2 D. q. vi (43, 24) s. Stölzel, Ztschr. für R. G. VI., 1), und erst das moderne auf Publicität, Specialität und Legalität gegründete Hypothekenrecht der Immobilien hat dem Realcredit eine sichere Grundlage geschaffen. Vgl. Beseler, System des deutschen Privatrechts I. §. 97 S. 375, Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie S. 3127. R.)

a) L. 6 D. de hered. vel act. vend. (18, 4).

b) L. 3 D. quae res pign. (20, 3), L. 12 §. 8 D. qui potior. (20, 4), L. 1 C. de his qui in prior. (8, 19). Wegen der Worte der letzten Stelle: sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat, nimmt man gewöhnlich die ausdrückliche Bedingung des Eintritts in dessen Stelle als nothwendig an, ohne Grund, da sie nur die übereinstimmende Intention des Erfolgs als Voraussetzung angeben.

c) L. 17 D. qui pot. (20, 4), L. 3 C. de his qui in prior. (8, 19).

d) L. 12 §. 9 D. qui pot. (20, 4).

e) L. 11 §. 1 D. de pign. act. (13, 7), L. 3 pr. 12 §. 5 D. qui pot. (20, 4), L. 21 pr. eod. (§. 210 Note g). Nur von der novatio voluntaria ist hier die Rede, L. 18 D. de novat. (46, 2), nicht von der necessaria, L. 29 eod., L. 13 §. 4 D. de pignor. (20, 1).

f) L. 22 C. de pignor. (8, 14), L. 1. 5 C. qui potior. (8, 18), L. 11 §. 4, L. 12 §. 6 L. 18 D. eod. (20, 4). Haubold, de iure offerendi 1793 (opusc. I. p. 573). (Die Forderung des potior geht durch die Zahlung nicht unter, sondern durch Cession auf den posterior über. Eben so wenig geht die Forderung des posterior unter, sie wird aber verbessert, zwar nicht in der Art, daß auch für sie ein wirksames ius distrahendi entstünde, L. 3 D. quae res (20, 3), L. 5 pr. D. de distr.

gebrachte Pfand kauft, oder der Bürge in Folge der Befriedigung des Gläubigers die Sache kaufsweise erhalten hat[g]). 4) Ein ähnliches Verhältniß entsteht dadurch, daß unter mehreren Pfandgläubigern einer ein relatives Vorzugsrecht, gegenüber einem seiner Mitgläubiger, nicht auch gegen die übrigen hat[h]).

(20, 5), L. 12 §. 6 D. qui pot. (20, 4); denn beide Forderungen bestehen getrennt weiter und nur die des ersten Gläubigers geht der eines mittleren Gläubigers vor. Keller §. 208, 5; aber doch insoweit als er die Distraction des zweiten Gläubigers nunmehr verhindern, L. 3 C. si antiquior (8, 20), L. 1. 5 C. qui pot. (8, 18), und zu gelegener Zeit selber distrahiren kann, L. 5 pr. cit. Im Weigerungsfalle kann die Succession durch (Obsignation und) Deposition der Abfindungssumme erzwungen werden, L. 1 C. qui pot. (8, 18). Wegen Zinseszinsen findet jedoch, da der Offerent nur seyn eigenes Geschäft besorgt, überhaupt kein Anspruch Statt, L. 12 §. 6 cit., L. 22 C. de pign. (8, 14). R.) Controverse: ob auch der vorzüglichere Gläubiger es gegen den nachstehenden habe, s. Vangerow, Leitf. §. 377. (Schmid, Cession S. 311 f., Dernburg II. S. 529, Thon, das ius off. des bessern Pfdgl. 1863, dagegen Bachofen S. 505, Windscheid §. 233 b, 14, wichtig wegen des Beweises, auch für concurrirende Pfandgläubiger vgl. Thon S. 59 f. R.) Vgl. Paulus, sent. II. 13, 8: — sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignor potior sit. — Das ius offerendi des Pfandgläubigers als solchen (also abgesehen von dem, welches er wie jeder Besitzer, s. §. 215, haben kann) fällt weg mit der Verjährung der hypothekarischen Klage, L. 7 §. 3 C. de praescr. XXX ann. (7, 39).

g) L. 2 D. de distr. pign. (20, 5): Fideiussor conventus officio iudicis adsecutus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet, nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fideiussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit, nam huiusmodi venditio transferendi pignoris causa, necessitate iuris fieri solet. L. 5 §. 1, L. 6 eod. (§. 202 Note l), L. 29 D. fam. erc. (§. 205 Note h).

h) S. §. 212. Nicht durch res iudicata, wodurch einer dem anderen vorgezogen worden ist, L. 16 D. qui pot. (20, 4): Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori, cum Eutychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium iudicem victus appellaverat. Quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem (Hal. *qui primam conditione expulerat)*, an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit; fuerunt igitur qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere, mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone, primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam, numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra, si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor (adversus) tertium (Vulg. *a tertio)* obtinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris

VII. Schutz des Pfandrechts[a]).

§. 214.

Der Schutz des Pfandrechts muß vornehmlich auf die Ausübung des Verkaufsrechts, als seines Hauptinhalts, mithin darauf gerichtet seyn, dem Gläubiger zu diesem Zweck den Besitz des Pfands zu verschaffen. In diesem Besitz befindet er sich von Anfang bey dem Faustpfand, zur Aufrechthaltung desselben und zur Wiedererlangung des verlorenen hat er die interdicta retinendae et recuperandae possessionis, namentlich das interdictum de precario, wenn er dem Schuldner den Besitz precario verwilligt hat[b]). Bey dem Pfandrecht ohne Besitz, also bey der Hypothek — denn bey der Fiducia hatte er als Eigenthümer die rei vindicatio[c]) — bedarf er besonderer Klagen, die der Prätor mit der Anerkennung der Verpfändung durch bloße Uebereinkunft, und zwar als utiles actiones, jenen nachgebildete, gegeben hat. Der Prätor, welcher die hypothekarische Verpfändung zuerst (für den Fall der Verpfändung der invecta et illata durch den Pächter eines praedium rusticum für den Pachtzins) anerkannte, gab dem Gläubiger ein utile interdictum de precario, d. h. es sollte so angesehen werden, als sey ein Faustpfand gegeben worden, und der Schuldner hätte nur precario die Sache zurückerhalten: dieß ist das interdictum Salvianum[d]). Ein folgender Prätor ging weiter, und gab in demselben Fall eine utilis in rem actio, d. h. es sollte so angesehen werden, als sey fiducia verpfändet worden;

sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur. Wie man nun gerade diese Stelle anführen kann, um die Meinung einer successio in locum durch res indicata zu begründen (s. z. B. noch Vangerow, Leitf. §. 377 Anm. 2), ist nicht leicht einzusehen. Ebenso unbegründet ist es, wenn man die Rechtskraft in dem Falle verneint, wo der dritte dem ersten gegenüber als Verklagter siegte (Bachofen, Pfandr. S. 517 Anm. 1 ff., Vangerow a. a. O. Dagegen: Arndts §. 387 Anm., Brinz S. 349, Windscheid §. 247 Anm. 1, Dernburg II. S. 463 Anm. 3) oder ihr selbst dann keine Folge giebt, wenn er als Kläger siegte (Pfeiffer im Archiv für civ. Praxis XXXVIII. S. 350, Sintenis S. 428 f. Dagegen: Arndts, Dernburg a. a. O. Anm. 4, auch Vangerow a. a. O. Vgl. L. 19, L. 30 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2). Aus der Verwirrung („circulus inextricabilis"), die durch diese relative Priorität entsteht, hat man verschiedene Auswege vorgeschlagen, Oblation des Zweiten an den Ersten, des Dritten an den Zweiten, die aber im Fall der Subhastation und des Concurses nicht ausreichen. Vgl. darüber Dernburg S. 466 f., Schletter's Jahrb. V. 18. R.)

a) Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 251. (Anders: Rudorff, über die Pfandklagen, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII. Num. 4 [1846], Bachofen, röm. Pfandrecht [1847] S. 26 f. 636 f. R.)

b) L. 6 §. 4, L. 11 D. de precario (43, 26).

c) Bestimmter pigneraticia in rem actio genannt.

d) Daher die Rubrik des Codextitels: de precario et Salviano interdicto.

dieß ist die Serviana actio, die nachher auf alle Fälle hypothekarischer Verpfändung, und natürlich auch auf das Faustpfand als quasi Serviana actio ausgedehnt worden, und für welche der allgemeine Name hypothecaria actio ist.

Durch Vertrag (pactum de ingrediendo) kann dem Gläubiger das Recht eingeräumt werden, sich eintretenden Falls ohne Klage[e]) in den Besitz des Pfandes zu setzen, was außerdem eine verbotene Selbsthülfe ist[f]). Widersetzt sich indessen der Verpfänder, so muß auch dort der Weg der Klage eingeschlagen werden[g]).

A. Hypothekarische Klage.

1. Bey verpfändeten Sachen.

§. 215.

Die vindicatio pignoris hat der Pfandgläubiger[a]) gegen jeden Besitzer der Sache, auch den fictus possessor[b]), wenn die Zeit zur Ausübung des Pfandrechts gekommen ist[c]), auf Herausgabe der Sache[d]), auch, wie bey der Rei vindicatio, jedoch nur soweit der Zweck

e) Ohne Recht, wie es im R. D. A. 1600 §. 32 heißt.

f) §. 80, L. 3 C. de pignor. (8, 14).

g) Man pflegt wohl L. 11 C. de pign. act. (4, 24) hier zu allegiren, die aber nur sagt, daß der Gläubiger sich nicht durch Eigenmacht ein Pfandrecht verschaffen kann.

a) (Streitfrage über den Charakter der Klage, namentlich ob sie eine utilis rei vindicatio ist? So Rudorff, Ztschr. für gesch. R. W. 13 S. 231, Bachofen, Pfandrecht II. S. 37 f., Puchta, Vorles. §. 215. 216, Sohm, subpignus S. 41, Keller, röm. Civilpr. Anm. 1125. Dagegen Bremer, Pfandrecht S. 103 f. Die römische Formel konnte allenfalls so heißen, insofern sie statt des gegenwärtigen Eigenthums des Gläubigers an der fiducia das Daseyn des Objects im Vermögen des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung, in die intentio aufnahm, L. 1 §. 2 D. de pign. (20, 1), L. 16 D. de serv. (8, 1). Der Sache nach ist dagegen die hypothecaria eine reine Pfandklage (persecutio pignoris, intentio dati pignoris neque redditae pecuniae), die zwar Manches mit der rei vindicatio gemein hat (z. B. L. 16 §. 3 D. h. t., Windscheid §. 235, 6), dagegen aber schon durch die Befriedigung beseitigt wird und keineswegs, wie man aus der utilis rei vindicatio abgeleitet hat, auf das Pfandrecht an „körperlichen" Sachen beschränkt ist. R.) Ueber den Beweis s. L. 23 D. de probation. (21, 3) §. 197 Note e.

b) L. 16 §. 3 D. de pignor. (20, 1).

c) L. 5 §. 1 D. qu. mod. pign. (26, 6). Ueber die formelle Möglichkeit früherer Anstellung vgl. Huschke, vom bedingten und dem mit einem dies behafteten Pfandrecht, Zeitschr. für Civilr. und Proc. XX. 5 (1844). Materiell ist sie gestattet zur Sicherstellung künftiger Ausübung, L. 13 §. 5, L. 14 pr. D. de pignor. (20, 1).

d) Wie bey der Rei vindicatio, L. 16 §. 3, L. 21 §. 3 eod. Vgl. über das heutzutage übliche Petitum der Klage W. H. Puchta, über die gerichtl. Klagen §. 128.

der Klage es erfordert, auf die Früchte[e]). Abgesehen von Einreden, welche die Hypothekaria mit der Rei vindicatio gemein hat[f]), wird eine Einrede begründet 1) durch ein gleiches oder besseres Pfandrecht des Besitzers[g]); 2) durch das Jus offerendi, welches jeder Beklagte hat, indem er durch die Befriedigung des Klägers Grund und Zweck der Klage aufhebt[h]); 3) durch das Recht, den Gläubiger vorerst auf ein anderes Befriedigungsmittel zu verweisen, exceptio excussionis, a) an die Person des Schuldners oder des Bürgen, exc. excussionis personalis, welche der dritte Pfandbesitzer hat[i]); b) an ein anderes Pfand, exc. excuss. realis, welche in Folge der Verbindung einer speciellen oder generellen Verpfändung einem nachstehendem Pfandgläubiger zusteht[k]). 4) Die Klage verjährt, wenn ein Dritter besitzt,

---

e) L. 16 §. 4 D. de pign. (§. 203 Note f).

f) So namentlich wegen Verwendungen, L. 29 §. 2 eod.

g) L. 12 pr. D. qui pot. (20, 4), L. 14 eod. Der Excipient braucht nur sein Pfandrecht, der Kläger sodann muß ein besseres beweisen.

h) L. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. (20, 6). Nur der iustus possessor aber kann überdieß Cession der Forderung verlangen, L. 19 D. qui potior. (20, 4) (vgl. Knorr, Archiv für civ. Pr. XXVIII. 8 S. 177 f. [1846]. R.), die übrigens zu einer exceptio doli gegen den Eigenthümer nicht erforderlich ist.

i) Nov. 4 c. 2, vgl. C. 1. Aufhebung bey specieller Verpfändung durch Nov. 112 c. 1. Glück, Comment. XVIII. S. 370 ff., Löhr, Archiv für civ. Pr. XXVI. t (1843). (Knorr, daselbst XXVIII. 8 S. 187—206 (1846), Busch, daselbst, XXXI. S. 20—25 [1848]. R.) Controverse: ob die exceptio durch den Concurs der Person, deren vorherige Ausklagung verlangt werden würde, ausgeschlossen wird, oder, wie man die Frage eigentlich stellen sollte: ob das Beneficium der Novelle auf diesen Fall auszudehnen ist? Vgl. z. B. Sell, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. III. 13 (1830), Chop, Archiv für civ. Pr. XV. 3 (1832).

k) L. 2 C. de pignor. (8, 14). Der Einwand, der auch dem Verpfänder zustehen kann, daß die generelle Verpfändung nur in subsidium, also ausdrücklich (L. 2 D. qui pot. 20, 4) oder stillschweigend (L. 9 C. de distr. pign. 8, 28) nur unter der Bedingung geschehen sey, daß die speciell verpfändete Sache nicht zureiche, ist eine Negation des Pfandrechts, keine exceptio. Puchta, Erlang. Jahrb. VI. S. 10 ff. — (In L. 2 D. cit. lautet die florentinische Lesart: qui generaliter bona debitoris pignori accipit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. qnodsi ea conventio prioris fuit, nt ita demnm cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit (Basil. 25, 5, 1 διὰ τῶν γενικῶν, Cuiac. obs. XI. 32 Resp. Pap. ad h. l. specialiter, allein generaliter bezeichnet jede generelle Fassung, z. B. bona mea paterna, während cetera bona die Generalhypothek am Gesammtvermögen bedeutet: Baumbach, Vertheidigung einer flor. Lesart, Dernburg II. S. 371), servari non potnisset: deficiente secunda conventione secundus creditor in pignore postea dato non tam potior qnam solus invenietur. R.) — Ein Beneficium für nachstehende Pfandgläubiger gegenüber einem ihnen vorgehenden, dem mehrere Sachen speciell verpfändet sind, — s. L. 8 D. de distr. pign. (20, 5): Creditoris arbitrio permittitur, ex pignoribus sibi obligatus quibus

in dreißig, wenn der Schuldner und Verpfänder, in vierzig, von dem Tod des Schuldners an auch hier in dreißig Jahren[l]).

2. Bey verpfändeten Rechten.

§. 216.

Der Pfandgläubiger hat, wenn ein Recht verpfändet ist, die Klage aus demselben zum Behuf der Ausübung seines Pfandrechts als utilis actio; so steht ihm denn beym subpignus eine utilis hypothecaria[a]), und bey dem pignus nominis die utilis in personam actio zu[b]).

B. Interdictum Salvianum[*]).

§. 217.

Das prätorische Edict hat die Anerkennung der hypothekarischen Verpfändung mit der Gewährung eines interdictum adipiscendae possessionis[b]) in dem oben (§. 214) nahmhaft gemachten Fall begonnen, welches nach der Einführung der Serviana actio zwar nicht wieder zurückgenommen, aber nicht wie diese, da sich kein Bedürfniß dafür zeigte, auf andere Fälle ausgedehnt ward[c]). Nach dem Muster

velit distractis ad suum commodum pervenire — stellt auf Guyet, Archiv für civ. Pr. XVIII. 14, einer vermeinten Billigkeit gemäß, die kein gemeinrechtliches Fundament hat. — (Kann der Gläubiger zum Nachtheil des Bürgen oder Besitzers der Hypothek eine andere Sicherheit aufgeben? s. Knorr, Archiv für civ. Pr. XXVIII. 8 [1846] S. 167—177. R.)

l) L. 7 §. 1. 2 C. de praescr. XXX ann. (7, 39).

a) L. 13 §. 2 D. de pignor. (20, 1).

b) L. 20 eod., L. 4 C. quae res pign. (8, 17). Die exceptio excussionis ist gegen diese Klage nicht denkbar, da die Bedingungen derselben fehlen. Die L. 4 C. quando fiscus vel privat. (4, 15), welche man hier angeführt hat, spricht von der bey der pignoris capio zu beobachtenden Ordnung, s. L. 2 C. eod., L. 15 §. 2 D. de re iud. (42, 1).

a) Dig. XLIII. 3: de Salviano interdicto. Cod. VIII. 9: de precario et Salviano interdicto. Nahezu alle Punkte der Theorie dieses Rechtsmittels sind controvers, vgl. Thibaut, Archiv für civ. Pr. XI. (1828), Zimmern, ebendas. XI. 15, Huschke, Studien I. 4 (1830), (Francke, Archiv für civ. Pr. XXX. 6 [1847], Puchta, Cursus der Inst. II. §. 251, Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII. S. 209—226, Bachofen S. 12—17, Keller, Rec. S. 966—972, 977—981, Dernburg II. §. 137. 138, Vangerow §. 391 Anm., Brinz S. 306—308. 333. 334, Windscheid §. 236, 5. R.)

b) L. 2 §. 3 D. de interd. (43, 1).

c) L. 1 C. h. t. (Note d), L. 2 D. eod. (Note d). §. 3 I. de interd. (4, 15). Theophilus ad h. l. Gai. IV. 147. (Wegen Paul. sent. V. 6, 16 s. Puchta, Cursus II. §. 151 Note h.) Heutzutage wird das Interdict, unzweckmäßiger Weise, als ein provisorisches Rechtsmittel behandelt, und allen hypothekarischen Gläubigern gestattet.

des interdictum de precario findet es nur gegen den Verpfänder selbst Statt[d]).

d) L. 1 C. h. t. (8, 9): Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venum dedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano, id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit, sed Serviana actione, vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emtorem exercenda (Gordian). Damit steht auch nicht im Widerspruch Julian L. 1 D. h. t. (43, 33): Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intuerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experiuntur, inter ipsos vero, si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id factum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent. Idem servari conveniet, et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur. Vgl. L. 10 D. de precar. (43, 26), L. 2 D. h. t.: In Salviano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet, et erit eis descendendum ad Servianum iudicium. Vgl. auch L. 10 D. de pign. (20, 1). (Das Salvianum beschränkt sich weder auf den Verpfänder, noch geht es unbedingt gegen Dritte, sondern nur gegen den, welcher sich der Besitzergreifung mit Gewalt widersetzt und dadurch das Aneignungsrecht des Pfandgläubigers verletzt. Hat dieser freiwillig, selbst mit Vorbehalt des Pfandrechts, auf den possessorischen Schutz verzichtet, so fällt das Besitzergreifungsrecht weg und es bleibt nur die Pfandrechtsklage. L. 4 §. 1 quib. mod. pign. [20, 1], L. 1 C. cit.: — si te non remittente pignus — vgl. Rudorff a. a. O. S. 223 f. In Betreff der Verjährung vgl. Dernburg, Pfandrecht S. 50, welcher annimmt, daß das Int. gegen den Pachter, so lange die Sachen in dem Pachtgut bleiben, unverjährbar ist, nach der Wegschaffung gegen den vitiosen Besitzer in einem Jahr, und gegen den fehlerfrei besitzenden Dritten wie das alte Int. Utrubi verjährt. R.)

Sechstes Buch.

Die Rechte an Handlungen[a]).

Erstes Kapitel.

Von der Obligatio überhaupt[b]).

Einleitung.

§. 218.

Die Lehre von den Obligationen zerfällt in einen allgemeinen Theil, dessen Aufgabe das Recht der Obligatio überhaupt ist, und in einen speciellen, welcher die Eigenthümlichkeiten der einzelnen obligatorischen Verhältnisse darstellt. Jede einzelne Obligatio ist nur eine besondere Form, in welche sich das Recht der Obligatio überhaupt einkleidet, und steht unter den allgemeinen Principien dieses Rechts, deren Anwendung und besondere Gestaltung für sie die Aufgabe der Theorie einer jeden einzelnen Obligatio ist. Die Zahl der einzelnen Obliga-

---

a) Abgesonderte compendiarische Darstellungen der Lehre von den Obligationen: Bucher, das Recht der Forderungen 1815. 1830, Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der L. des R. R. von den Schuldverhältnissen. Herausg. v. Ph. E. Huschke. 2 Bände 1840. (Savigny, das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. Erster Band 1851 [das erste Kapitel des allgemeinen Obligationenrechts enthaltend]. Zweiter Band 1853 (unvollendet). Darüber: Brinz, Krit. Blätter Nr. 3. 4. v. Scheurl in der Heidelb. Zeitschr. I, 496 ff. Mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen: Koch, das Recht der Forderungen nach gem. und nach preuß. Rechte mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen III. 1836–1844. 2. Ausgabe 1858. J. Molitor, les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français III. 1851 ff. R.)

b) Inst. III. 13: de obligationibus. III. 14 sqq. Dig. XLIV. 7. Cod. IV. 10: de obligationibus et actionibus.

tionsfälle ist so unbeschränkt und ungeschlossen, als die Bedürfnisse und Gestaltungen des Verkehrs selbst, aus denen ihre Mehrheit und Verschiedenheit sich herschreibt, jeder Augenblick kann in den wechselnden Richtungen und der wachsenden Mannigfaltigkeit des Verkehrs neue Obligationsarten hervorbringen, welche unter die gegenwärtigen Formen sich nicht schlechthin subsumiren lassen, die aber unter den Gesetzen der Obligatio überhaupt stehen, und in diesen, mit Hinzunahme der den besonderen Obligationsfall bestimmenden Intentionen, und der etwaigen Analogien in den bestehenden einzelnen Obligationen, ihre rechtliche Norm finden[c]). Und darin liegt zugleich das praktische Interesse jener Unterscheidung eines allgemeinen und speciellen Theils.

I. Begriff*).

§. 219.

Obligatio ist das Rechtsverhältniß[a]), vermöge dessen eine Person (Gläubiger, creditor) ein Recht (Forderung) an einer Handlung einer anderen (Schuldner, debitor) hat[b]). Die rechtliche Macht,

c) Nicht selten hat das falsche Bestreben, jedes entstehende Obligationsverhältniß (z. B. die Obligatio zwischen Schriftsteller und Verleger) in eine der durch das römische Recht gegebenen Formen zu pressen, zu einer widernatürlichen Beurtheilung solcher Obligationen verleitet. So war es früher herrschende Meinung, man müsse jeden neu vorkommenden Vertrag, der nicht unter den Begriff eines im römischen Recht bestimmt gegebenen Falle, bey den s. g. Innominatcontracten unterbringen, eine Meinung, die auf dem Mißverständniß von Stellen ganz anderer und eigenthümlicher Bedeutung (L. 2. 3 D. de praescr. verb.) beruht, und die um so verkehrter ist, als die Doctrin von den Innominatcontracten selbst der heutigen Anwendbarkeit entbehrt (§. 250).

*) (Savigny, Obl. I. §. 2—4, Brinz, krit. Bl. II. S. 3—11, Pand. I. S. 361 f. 534 f., Kuntze, die Obl. und die Singularsucc. [1856] §. 1—7, Inhaberpapiere §. 54—58, Unger, österr. Privatr. I. S. 539—553, Windscheid §. 250—251 a. R.)

a) Ueber die Bedeutungen des Wortes obligatio (Act, wodurch das Verhältniß entsteht — das Verhältniß selbst, und zwar entweder von beiden Seiten, oder von Seiten des Gläubigers oder Schuldners) vgl. Hugo, civ. Magazin III. 20. V. 3.

b) L. 3 pr. D. de O. et A. (44, 7): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Ueber diese Eintheilung s. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 165. (Richtiger ist der Ausdruck Recht auf eine Handlung, ein Recht an einer Handlung wäre ein dingliches, diesen Charakter hat aber nur der Nießbrauch und das Pfandrecht an der Obligatio selbst, als Vermögensbestandtheil [res incorporalis] gedacht: Gai. 2, 14. 28. 38,

welche die Obligatio dem Gläubiger verleiht, besteht nicht in einer beliebigen Disposition über die Handlung, sondern in der Möglichkeit, ihre Vornahme als Leistung an den Berechtigten zu fordern. Die Obligatio enthält für den Gläubiger eine Vermehrung des Vermögens, nur daß der specifische Bestandtheil, der diese Vermehrung bildet, noch in dem Vermögen eines Anderen sich befindet, der ihn schuldet; eben so enthält sie für den Schuldner eine Minderung des Vermögens, nur daß der specifische Bestandtheil, um den es gemindert wird, noch nicht wirklich aus seinem Vermögen entfernt ist. Dieser Bestandtheil kann Eigenthum, Besitz, Gebrauch, Arbeit, Beschränkung der Thätigkeit seyn, immer ist es ein Sachwerth, auf den die Forderung und die ihr gegenüberstehende Verbindlichkeit wesentlich sich richtet[c]). In jeder Obligatio liegt daher ein Anvertrauen, es ist etwas bey dem Schuldner, das er leisten soll, sey es sofort oder später, und darum eben wird jeder Forderungsberechtigte Gläubiger, creditor genannt[d]). In einem vorzüglichen Sinn aber tritt dieses Anvertrauen und Creditiren ein, wenn der zu leistende Gegenstand von dem Gläubiger ausgegangen und an den Schuldner gekommen ist, oder als ein solcher aufgefaßt werden kann[e]). Unter diesen Fällen zeichnet das römische Recht wieder die durch eine eigenthümliche Behandlung namentlich in Beziehung auf den gerichtlichen Schutz aus, in denen ein Gegenstand in das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, so daß der Gläubiger keine Vindication mehr, und mithin auf das Entschiedenste und Vollstän-

---

L. 49 D. de V. S. [50, 16], L. 17. 19 D. de hered. vend. [18, 4]. Nur darf man unter dem Recht die Handlung zu „fordern" nicht blos mit Brinz, krit. Bl. S. 10. 11, Pand. V. 536, das „Klagerecht" verstehen, welches nach heutigem Sprachgebrauch nur eine eventuelle und keineswegs allgemeine Befugniß ausdrücken würde. Vgl. Bekker, Hdlb. krit. Ztschr. III. S. 450, Fitting Correalobl. S. 29, Windscheid §. 250 Anm. 2. Die Obligation enthält demnach eine Beschränkung der Freiheit, aber nur der Freiheit des Willens, und auch diese wird nur zeitweilig „gebunden", während die Persönlichkeit unberührt bleibt. Das römische Recht hat das persönliche Band zwischen bestimmten Personen überall fest gehalten und daher directe Stellvertretung, Verträge zu Gunsten oder zu Lasten dritter Personen, Uebertragung auf Andere, sey es auf der Forderungs- oder Schuldseite, Obligationen ohne bestimmten Träger, wie die Inhaberpapiere, nicht anerkannt. Anders das moderne Recht, welches die Obligation dem veräußerlichen Eigenthum wenigstens insoweit gleichstellt, als es den Personenwechsel nicht ausschließt. R.)

c) Man pflegte darum sonst die Forderung, im Gegensatz zu dem Recht an einer Sache, Recht auf eine Sache, ius ad rem, zu nennen.

d) L. 10—12 D. de V. S. (50, 16).

e) L. 1 pr. 2 §. 3. 5 D. de rebus creditis (12, 1).

digste dem Schuldner creditirt hat[f]); dieß sind die Fälle, in welchen die Klage des Gläubigers eine condictio ist, §. 83. 304—312[g]).

II. Inhalt der Obligatio.

A. Gegenstand*).

1. Erfordernisse.

§. 220.

Der Gegenstand der Forderung ist eine Handlung des Schuldners (Thun oder Unterlassen). Diese Handlung muß 1) möglich seyn, impossibilium nulla obligatio[a]), natürlich[b]) und rechtlich[c]), eine blos individuelle Unmöglichkeit für den Verpflichteten schließt die Obligation nicht aus[d]); auch kann die Verpflichtung zu einem unmöglichen Gegenstand durch einen hinzukommenden Umstand eine Obligatio auf einen anderen Gegenstand hervorbringen[e]). Bey einem vielleicht nur für jetzt unmöglichen Gegenstand entscheidet die Zeit der entstehenden Obligatio[f]), darum ist die Obligatio unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung des Möglichwerdens zulässig[g]). 2) Die Handlung muß eine erlaubte seyn[h]). 3) Sie muß einen Vermögens-

f) Vgl. z. B. L. 31 D. loc. (19, 2): — — merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierint et mercator in creditum iret — —.

g) Savigny, System des heutigen R. R. V. §. 219, und besonders Beil. XIV.: die Condictionen.

*) (Gegenstand der Forderung kann man 1) die Person des Schuldners, 2) die geforderte Handlung des Schuldners, 3) den Willen desselben, 4) den Inhalt des Willens, 5) die zu leistende Sache [quod ex aliqua obligatione nobis debetur, Tit. I. 2, 2], aber juristisch nicht wohl das Vermögen des Schuldners nennen. Hier ist der vieldeutige Ausdruck in der zweiten, im §. 222 dagegen in der vierten Bedeutung gebraucht. Vgl. Kuntze, Obl. §. 34, Windscheid I. 252, Bruns in v. Holtzendorffs Encyclopädie §. 48 S. 319. R.)

a) L. 185 D. de R. I. (50, 17). Vgl. Unterholzner, Schuldverhältnisse, I. §. 100—102.

b) L. 35 pr. 69. 97 pr. D. de V. O. (45, 1), §. 5 I. eod. (3, 15).

c) L. 83 §. 5, L. 103 D. eod., L. 29 §. 1, L. 82 pr. 98 pr. eod.

d) L. 34. 137 §. 4. 5 eod., L. 28 D. contr. emt. (18, 1).

e) L. 4 eod.: Et liberi hominis et loci sacri et religiosi qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur. L. 35 pr. D. de V. O. (45, 1): — nisi per quem stetit, quo minus facere id possit. L. 83 §. 7 eod.

f) L. 72 §. 4 D. de solut. (46, 3), L. 83 §. 5, L. 87. 98 pr. D. de V. O. (45, 1).

g) Vorausgesetzt, daß diese Bedingung nicht selbst unstatthaft ist, L. 83 §. 5 eod., L. 34 §. 2 D. de contr. emt. (18, 1).

h) L. 26 D. de V. O. (45, 1): Generaliter novimus turpes stipulationes

werth haben[i]), und zwar einen Vermögenswerth für den Gläubiger (Interesse als Erforderniß der Obligatio)[k]), nur wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist, wird auch ein Affectionsinteresse zur Begründung derselben zugelassen[l]). Wegen jenes Erfordernisses ist auch keine Obligatio auf einen schlechthin unbe-

nullius esse momenti. L. 27 pr. 35 §. 1 eod., L. 4 C. inut. stip. (8, 39), L. 15 D. de cond. inst. (28, 7): — nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est (Papin.).

i) L. 9 §. 2 D. de statulib. (40, 7): ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt —. (Die unbedingte Nothwendigkeit dieses Erfordernisses läugnet Windscheid §. 251 Anm. 3: mit Recht, da die unbedingte Geldcondemnation wegfällt und auch andere Interessen Berücksichtigung finden, z. B. L. 54 pr. D. mand. (17, 1), L. 71 D. de evict. (21, 2), L. 14 §. 1 D. de servo corr. (11, 3). R.)

k) L. 8 §. 6 D. mand. (17, 1), L. 32 D. loc. (19. 2), L. 13 pr. D. de re iud. (42, 1). Dieses Erforderniß gilt von dem Gegenstand, nicht von der Bedingung, unter welcher etwas versprochen worden ist, L. 11 D. de relig. (11, 7): Quodsi locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos ius est inferri, pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri debet. L. 38 §. 17 D. de V. O. (45, 1).

l) L. 54 pr. D. mand. (17, 1): Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor, et affectus ratione mandati agetur; finge filium naturalem vel fratrem esse. placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam (Papin.). L. 1 §. 2 in f. D. de tut. act. (27, 3), L. 7 D. de annuis leg. (33, 1), L. 71 pr. D. de cond. et dem. (35, 1), L. 44 D. de manum. test. (40, 4), L. 6. 7 D. de serv. export. (18, 7). Niemals kann das Affectionsinteresse Gegenstand der Forderung seyn, s. §. 225. (Die Behauptung, daß nur bey Stipulationen das eigene Interesse des Stipulators zur Gültigkeit des Vertrags erforderlich sey, in anderen Fällen, z. B. dem mandatum aliena gratia [L. 6 §. 4 D. mand. 17, 1 §. 323 e] auch der Nutzen eines Dritten genüge — Heyer, Abh. 1841. Nr. 1, bestritten von Vangerow, Leitfaden III. 290, Sintenis, Civilr. §. 102; Replik: Heyer, Zeitschr. für Civilr. und Proc. N. F. III. 1 [1846] — ist nicht sowohl unrichtig, als einer tieferen Begründung bedürftig und mehrfachen Modificationen unterworfen, z. B. §. 256 a. Vgl. jetzt auch Busch, Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten dritter Personen [1860]. — Die Rechtsanwendung hält mit Recht auch andere rechtliche Interessen als die des Vermögens und der Affection für genügend. Das Vergnügen, sich im Garten zu ergehen, Obst zu brechen, die Ausschließung belästigender Musik u. dgl. kann nicht Realservitut, wohl aber Bedingung der Conventionalstrafe, ja, nach richterlichem Ermessen, direct Obligation seyn, L. 19. D. ad exhib. (10, 4). Windscheid §. 251. Anm. 3. Vgl. Seuffert, Archiv II. 272, Buchka und Budde, Entsch. des O. A. G. zu Rostock II. 31. R.)

stimmten[m]), oder durchaus in die Willkür des zu Verpflichtenden gestellten Gegenstand möglich[n]).

2. Verschiedenheit des Gegenstands.

a. Bestimmtheit oder Unbestimmtheit.

§. 221.

Die Obligatio kann ein certum oder ein incertum zum Gegenstand haben. Jenes ist vor allem der Fall, wenn sie auf einen individuell bestimmten Gegenstand geht, der in die rechtliche Herrschaft des Gläubigers gebracht werden soll (obligatio ad dandum), so daß also der Werth der Leistung in dem Werth dieses Objects (Sache oder Recht) sich darstellt. Nur bey fungiblen Sachen ist es ihrer Natur nach (§. 36 a. E.) genug, wenn sie der Qualität und Quantität nach vollkommen bestimmt sind, um die Obligatio auf das Geben derselben zu einer Obligatio auf ein certum zu machen[a]). Auf ein incertum geht jede Obligatio, bey welcher das Object der Leistung nach Individualität, Qualität, Quantität nicht vollkommen bestimmt, oder die Leistung selbst nicht ein dare in dem vorhin angegebenen Sinn ist[b]). Solche sind die Obligationen auf nicht fungible Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind[c]), ferner auf alternativ bestimmte Gegenstände, von denen beide in obligatione sind, nur einer aber in solutione[d]), die Obligatio ist aber nur dann incerta, wenn der Schuld-

m) L. 94. 95 D. de V. O. (45, 1), vgl. L. 69 §. 4 D. de iure dot. (23, 3).

n) L. 108 §. 1 D. de V. O., vgl. L. 3 C. de dotis prom. (5, 11), L. 22 §. 1 D. de R. I. (50, 17).

a) L. 74 D. de V. O. (45, 1): Stipulationes quaedam certae sunt, quaedam incertae. Certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus tusculanus, homo Stichus, tritici africi optimi modii centum, vini campani optimi amphorae centum. L. 75 §. 5. 10 eod., L. 6 D. de reb. cred. (12, 1). (Ueber certum im römischen Sinn, als Gegenstand der Condiction und Stipulation: Savigny, Obl. I. S. 388 e. System V. Beil. XIV. Nr. XXXII—XLVI. R.)

b) L. 75 D. de V. O. (45, 1). Mit der Eintheilung in certae und incertae stipulationes fällt dem Effect nach zusammen die in stipulationes dandi und faciendi, L. 72 pr., L. 75 §. 7 eod. (Ueber die Bedeutung des Gegensatzes von certae und incertae obligationes im heutigen Recht vgl. Anm. 1 der Vorlesungen. Arndts, Pand. §. 203 Anm. 2, Brinz, Pand. I. §. 92. R.)

c) L. 75 §. 1 D. eod. Anders, wenn die Intention auf einen individuell bestimmten Gegenstand ginge, und seine Bezeichnung unterlassen wird, dieß ist keine incerta, sondern eine imperfecta obligatio, L. 115 pr. eod., L. 69 §. 4 D. de iure dot. (23, 3). (Vgl. Jhering, Jahrb. für Dogm. IV. 5 [1861], Bekker, Jahrb. des gem. Rechts V. 15 [1862]. R.)

d) L. 5 §. 2 D. qui et a quib. manum. (40, 9), L. 128 D. de V. O. (45, 1).

ner, was die Regel ist, nicht wenn der Gläubiger die Wahl hat[e]). Die Wahl geschieht unveränderlich an sich erst durch die Leistung bey dem Schuldner, durch die Klage bey dem Gläubiger[f]), ist sie ausdrücklich auf den Willen gestellt, durch die Erklärung dieses Willens[g]). Das Stellen der Wahl auf eine bestimmte Person kann als Bedingung gemeint seyn, außerdem geht die Forderung durch die Nichtwahl nicht unter[h]). Endlich kann der Gegenstand überhaupt auf das Arbitrium einer Person gestellt, und dieses kann Gutdünken schlechtweg (nur nicht beym Schuldner §. 220 a. E.) oder arbitrium boni viri seyn[i]).

(Vgl. Savigny, Obl. I. §. 38, Fitting, Correalobl. S. 136—169, Holzschuher III. §. 210, Vangerow III. S. 18—32, Windscheid §. 255. R.)

e) L. 75 §. 8, L. 93. 112 pr. D. eod., L. 34 §. 6 D. de contr. emt. (18, 1). Für die Vermächtnisse gilt ein besonderes Recht. (Auf diesen Fall bezieht Windscheid §. 255, 5, krit. Vierteljahrsschr. III. S. 165—167 die L. 76 D. de leg. I [30]: si quis Stichum aut Pamphilum stipulatus Sempronio Stichum, Maevio Pamphilum: oneratus heres intelligitur ut necesse habeat, alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare. Allein nach L. 75 §. 4 D. eod. liegt der Entscheidungsgrund in dem doppelten Gegenstand und würde bei dem Wahlrecht des Schuldners ganz in derselben Weise eintreten müssen. R.)

f) L. 106. 138 §. 1 D. de V. O. (45, 1): Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo, quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius, quae inest. L. 19 D. de leg. II. (31).

g) L. 84 §. 9 D. de leg. I. (30): Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato. si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho murtuo liberabitur; cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. L. 112 pr. D. de V. O. (45, 1). (Demelius in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. N. F. XVII. S. 19 ff. Beschränkung auf die römische Stipulationstheorie? Ihering, Jahrb. für Dogm. I. S. 31—33, dagegen: Windscheid §. 255 Anm. 9. R.)

h) Vgl. L. 76. pr. eod.: Si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, haec electio personalis est, et ideo servo vel filio talis electio cohaeret. in heredes tamen transit obligatio, et ante electionem mortuo stipulatore. L. 141 pr. eod.: Si servus aut filiusfamilias ita stipulatus sit, illam rem aut illam utram ego velim, non pater dominusve, sed filius servusve destinare de alterutra debet. L. 75 §. 3 D. de leg. I. (30): Si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit quod ei debebatur, tenebitur heres eius, ut praestet legatario actionem electionem habituro, utrum Stichum an decem persequi malit. L. 141. §. 4 D. de V. O. (45, 1).

i) L. 75 — 79 D. pro soc. (17, 2), L. 7 pr. D. de contr. emt. (18, 1), L. 24 pr., 25 pr. D. locati (19, 2), L. ult. C. de contr. emt. (4, 38), L. 3 C. de dotis prom. (5, 11), L. 22 §. 1 D. de R. I. (50, 17): Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditione, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

b. Theilbarkeit und Untheilbarkeit[a]).

§. 222.

Eine Leistung, und mit ihr die Obligatio selbst, wird theilbar (während Handlungen an sich betrachtet eigentlich durchaus untheilbar sind) durch ihren Gegenstand, und durch diesen also auch oder durch die Art, wie er Gegenstand ist, wird sie (absolut oder relativ) untheilbar.

Vollkommen untheilbar sind die Obligationen auf Leistung eines untheilbaren Gegenstandes (einer Servitut, eines factischen Thuns oder Unterlassens), eine theilweise Forderung, eine theilweise Erfüllung oder sonstige Tilgung ist unmöglich, und auch durch den Eintritt mehrerer Subjecte (z. B. durch Erbfolge) wird die Obligatio nicht getheilt[b]).

---

a) Zu vergleichen sind Rubo, Versuch einer Erklärung der Fragmente L. 2. 3. 4. 85 D. de V. O. — über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligation ꝛc. 1822. Ribbentrop, Correaloblig. (1831) §. 21 ff., de Scheurl, comm. ad. L. 2. 3. 4. 72. 85 D. de V. O. inserta de dividuis et indiv. oblig. disqu. 1835, Unterholzner, Schuldverh. I. §. 104. (Savigny, Obl.-Recht [1851] I. §. 29—36 S. 303—381, Brinz, krit. Bl. IV. S. 45—52, Pand. I. S. 600 ff. vorzüglich: Ubbelohde, die Lehre von den untheilbaren Obligationen. [1862] 309 Seiten 8°. Juristisch theilbar sind nur Obligationen, die unbeschabet ihres Wesens in mehrere Forderungen aufgelöst werden können (arg. L. 35 §. 3 D. de R. V. 6, 1 quae sine interitu dividi possunt). Dieß setzt voraus, daß der Begriff des Ganzen willkürlich angenommen war, wie z. B. die Zahlung einer Geldsumme. Minder genau spricht Windscheid §. 253 Anm. 2 von einer Zerlegung in Bruchtheile, die es an Obligationen nicht geben kann. R.)

b) L. 11 D. de serv. (8, 1), L. 13 §. 1 D. de acceptil. (46, 4), L. 2 §. 1. 2. 5. 6. L. 3. 4. pr. §. 1, L. 72 pr., 85 §. 2. 3, L. 131 pr., 136 §. 1, L. 140 §. 2 D. de V. O. (45, 1). (Daher tritt bei der Verpflichtung mehrerer Schuldner Solidarität, bei der Berechtigung mehrerer Gläubiger Verurtheilung in die antheilige Geldästimation ein [§. 233 o]. Die letztere fällt jedoch im heutigen Recht weg [§. 239d], Savigny, §. 33—36 R.) Theilbare Facta, z. B. amplius non agi, L. 4 §. 1 eod. (vacuam possessionem tradi — die widersprechende L. 72 pr. D. de V. O. [45, 1] wird von Hinzufügung einer Conventionalstrafe verstanden, Savigny, Obl.-Recht I. §. 32 S. 335 ff., einfacher erklärt sie sich aus der Untheilbarkeit des Acts des Tradirens, namentlich nach der besondern öconomischen Natur der Gutsübergabe [fundum tradi], denn Ubbelohde's S. 40 fundum tradi: Columella 2, 20 pr., ist den Juristen nicht geläufig genug und die Detention keineswegs, wie er S. 6. 43 annimmt, quotenweise untheilbar: L. 5. §. 11 D. ut in poss. leg. (36, 4) —, eine bestimmte Zahl von Arbeitstagen [operae] bei gemeiner Handarbeit, L. 15 §. 1 D. de op. lib. [38, 1], L. 54 §. 1 D. de V. O. [45, 1], eine nach Maßen in Accord gegebene Arbeit, anders ein opus, bei dem sich die zur Vollendung nöthigen einzelnen Arbeiten nicht auf Zahlenverhältnisse zurückführen lassen. L. 80 §. 1 D. ad L. Falc. [35, 2]. Das Kriterium der Theilbarkeit ist allein die natürliche Be-

Eine Art von Untheilbarkeit tritt aber auch da ein, wo eine theilweise Leistung zwar möglich wäre, aber die Theilung sie verändern würde, was nur mit dem Willen des Gläubigers geschehen kann[c]), so bey der Obligatio auf ein Genus und auf ein Alternativum. Dieß hat die Wirkung, daß die Leistung eines Theils von einem Individuum ohne Wirkung auf die Obligatio ist[d]), und daß, wenn der Schuldner mehrere Erben hinterläßt, der Gläubiger einen Gegenstand ganz von ihnen zu erhalten verlangen kann, aber sie sind ihm nicht solidarisch verpflichtet, und eben so wenig ist eine theilweise Forderung ausgeschlossen[e]).

c. Verbindung mehrerer Leistungen.

§. 223.

Die Verbindung mehrerer Gegenstände kann die Obligatio selbst vervielfältigen, so daß es so viele Obligationen sind als Gegenstände. Dieß ist der Fall, wenn bey dem Vertrag mehrere zu leistende certa neben einander aufgeführt (also nicht etwa in einer Collectivbezeichnung zusammengefaßt) sind[a]). Eben so wenn mit einem certum ein incertum verbunden wird[b]). Eine Obligatio auf ein incertum dagegen bleibt Eine, wenn sie gleich mehrere Leistungen umfaßt[c]).

---

schaffenheit der Leistung, nicht etwa das formelle Recht der Stipulation: Savigny a. a. O. S. 332. 375. R.)

c) L. 17 D. de acceptil. (46, 4): Qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque accepto fecerit, partem stipulationis peremit et petere quinque, aut partem hominis potest.

d) L. 2 §. 1 D. de V. O. (45, 1): Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur, quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur, quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quidlibet vas. Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem conditionis est haec stipulatio, Stichum aut Pamphilum dari.

e) L. 2 §. 3. 4, L. 85 §. 4 eod., L. 15 D. de leg. II. (31). (Vgl. Savigny, §. 32 S. 345—349. R.)

a) L. 29 pr., L. 86. 140 pr. §. 1 D. de V. O. (45, 1). Es ist dieß offenbar als Intention der Parteien zu betrachten. (Durch eine Collectivbezeichnung entsteht nur Eine, aber eine zusammengesetzte Leistung. R.)

b) L. 75 §. 9 eod.

c) L. 16 §. 1 eod.: Stipulatio huiusmodi: in annos singulos, una est et incerta et perpetua, non quemadmodum simile legatum morte legatarii finiretur. L. 58 pr. D. de fideiuss. (46, 1): Si a colono stipulatus fideiussorem accepit, una stipulatio est plurium pensionum, et ideo in universis pensionibus fideiussor

Das Verhältniß dieser Leistungen kann ein gleiches seyn (z. B. die Verbindlichkeit des Verkäufers zum tradere, und zum habere licere praestare), oder ein ungleiches, so daß die eine principal (Hauptgegenstand), die andere accessorisch (Nebengegenstand) ist (z. B. Tradition der Sache und Prästation der Früchte), und in demselben Verhältniß können auch, wenn die Verbindung eine Mehrheit von Obligationen bewirkt, die mehreren Obligationen stehen.

d. Einzelnes.

α. Leistung des Interesse[a]).

§. 224.

Da die Handlungen Gegenstand der Obligationen von Seiten des Vermögenswerths sind, der ihnen zukommt, so geht jede Obligatio mittelbar auf den Werth eines Gegenstands. Aber dieser Werth kann auch unmittelbar Gegenstand einer Forderung seyn, Haupt- oder Nebengegenstand. Die richterliche Aestimation dieses Werths hängt 1) von dem Gegenstand ab, dessen Werth bestimmt werden soll[b]),

---

teuetur. Vgl. L. 140 §. 1 D. de V. O. (45, 1): De hac stipulatione: annua bima trima die id argentum quaque die dari, apud veteres variatum fuit. Paulus: sed verius et hic tres esse trium summarum stipulationes. Wegen der Vermächtnisse s. L. 20. 26 D. quando dies leg. (36, 2).

a) Frühere Versuche: Schömann, Lehre vom Schadenersatz, 2 Bände 1805. 1806. F. Hänel, L. v. Sch. nach heut. R. R. 1823. (J. A. von Wening-Ingenheim, die Lehre vom Schadensersatz 1841, F. Mommsen, Beitr. zum Obl.-Recht, 2. Abth. zur Lehre von dem Interesse 1855. (Rec. von Windscheid, Hdlb. krit. Zeitschrift II. S. 525–563), Cohnfeldt, die Lehre vom Interesse nach röm. Recht. 1865. R.)

b) Quanti ea res est. Dieser Ausdruck bedeutet übrigens nicht ausschließlich eine der beiden folgenden Aestimationsarten (2, a. b.), wie man geglaubt (auch noch Savigny, System V Beil. XII) und deßhalb einen Widerspruch zwischen den sogleich zu allegirenden Stellen angenommen hat, sondern er ist ein beiden Arten gemeinschaftlicher, dessen Sinn eben darum die römischen Juristen für die verschiedenen Fälle erst bestimmen: 1) L. 193 D. de V. S. (50, 16): Haec verba quanti eam rem paret esse, non ad id, quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur. L. 4 §. 11 D. vi bon. rapt. (47, 8): Haec autem actio in factum est, et datur in duplum quanti ea res erit, quod ad pretium verum rei refertur, et praesentis temporis fit aestimatio, et semper in duplum intra annum est. L. un. §. 4 D. si quis ius dic. (2, 3): Hoc iudicium non ad id, quod interest, sed quanti ea res est, concluditur, et cum meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur. (In letzterer Stelle ist aber quanti res est nicht der Sachwerth, sondern das Streitobject der Hauptklage: L. 5 §. 1 D. ne quis eum (2, 7), L. 15 D. de iud. (5, 1). R.) — 2) L. 4 §. 7 D. de damno inf. (39, 2): — quanti ea res est, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur, quod non ad quantitatem refertur, sed ad id, quod interest,

2) von den Umständen, die bei der Aestimation zu berücksichtigen sind. In dieser Beziehung kann die Aestimation a) sich blos auf den Verkaufswerth des Objects, verum rei pretium, richten; diese Behandlung tritt ein, wenn der Werth entweder gar nicht als Gegenstand einer Forderung[c]), oder zwar als solcher, aber ohne Voraussetzung eines erlittenen Schadens vorkommt[d]). Wenn dagegen b) der Werth in Folge eines Nachtheils, dessen Ersatz aus irgend einem Grund gefordert werden kann, zu leisten ist, so geht die Aestimation auf den

ed ad utilitatem venit, non ad poenam. L. 3 §. 11 D. uti poss. (43, 17): — quanti res est sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere —. L. 68. D. de R. V. (6, 1): — quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. —. L. 21 §. 2 D. ad. L. Aquil. (Note e) u. a. — In L. 179 D. de V. S. (50, 16) heißt vera rei aestimatio der erwiesene Werth im Gegensatz zu einem willkürlicheren Anschlag, was sich gleichmäßig auf beide Bedeutungen des quanti ea res est bezieht.

c) Anschlag des Werths zur Berechnung der falcidischen Quart, L. 62 §. 1, L. 63 D. ad L. Falc. (35, 2). Unter diesen Gesichtspunkt kann auch der Werth der gestohlenen 2c. Sache gebracht werden, dessen Duplum oder Quadruplum die Strafe ausmacht, Ulpian. L. 2 §. 13, L. 4 §. 11 D. vi bon. rapt. (Note b) und L. 50 pr. D. de furtis (47, 2): In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res rebus humanis esse desierit, cum iudicatur, nihilominus condemnatio facienda est, idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, eius duplum quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse verius est. L. 52 §. 29 eod. In diesen gemeinen Verkaufswerth fällt natürlich auch der Werth der Erbschaft, zu welcher der gestohlene Sclave eingesetzt war, Ulp. L. 52 §. 28 eod. Nur wo nicht wegen des Eigenthums, sondern wegen eines anderen Interesses die actio furti zusteht, giebt dieses Interesse den Maßstab auch der Strafe, Papin. L. 80 §. 1 eod. Von jenem Grundsatz weicht ab Celsus, L. 67 §. 1 eod.: Si tibi subreptum est, quod nisi die certa dedisses, poenam promisisti ideoque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coaestimabitur, und auch Papinian, L. 80 §. 1 cit. neigte sich zu dieser entgegengesetzten Ansicht, wenn der Zusatz si nihil amplius intersit so zu verstehen ist und von ihm herrührt. Dagegen L. 32 eod. (Paul.) von dem Werth eines gestohlenen Schuldscheins verträgt sich auch mit Ulpian's Meinung. (Gegen diese Annahme einer Controverse unter den römischen Juristen erklärt sich mit Recht Savigny, System V. S. 451. R.) — Vgl. wegen anderer Strafen, die sich nach dem Werth bestimmen, L. un. §. 4 D. si quis ius dic. (Note b), L. 1 §. 20 D. de tut. act. (27, 3). (Die letzte Stelle geht gar nicht auf eine Strafe, sondern auf einen festen Werthanschlag zur Vermeidung des Interessebeweises. R.)

d) L. 33. 71 §. 3 D. de leg. I. (30). Zeit, nach welcher der Werth eines Gegenstands bestimmt wird, L. 59 D. de V. O. (45, 1). (L. 8 §. 1 D. de cond. furt. [13, 1], L. 3. 4 D. de cond. trit. [13, 3], L. 22 D. de R. C. [12, 1], L. 13 §. 2 D. commod. [13, 6], L. 37 D. mand. [17, 1]. Savigny, System VI. S. 198 f., Büff, über den Zeitpunkt der Schätzung beim Werthansatz, Archiv für civ. Pr. XXXIII. Nr. 5. 10. R.)

Werth des Gegenstands für den Gläubiger, also mit Berücksichtigung der individuellen Umstände, die diesen Werth bestimmen: aestimatio eius, quod interest; dieses Interesse kann der Höhe nach zufällig mit dem pretium rei gleich seyn; aber es kann auch dasselbe weit übersteigen, und hinter demselben zurückbleiben.

§. 225.

Interesse als Gegenstand einer Forderung (vgl. §. 220) ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach einem beschädigenden Ereigniß bestehenden Vermögen und dem Betrag desselben, wie er ohne jenes Ereigniß seyn würde, und es schließt die Minderung des Vermögens sowohl um einen gegenwärtigen Bestandtheil (damnum, positiver Schaden, s. g. damnum emergens), als um einen künftigen ein (lucrum, lucrum cessans, negativer Schaden, entgangener Gewinn)[e].

Die Aestimation des Interesse geschieht nach folgenden Grundsätzen: 1) Nur Vermögensinteresse kann Gegenstand einer Forderung

e) L. 18 pr. D. ratam rem (46, 8): Si commissa est stipulatio ratam rem dominium habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. L. 11 pr. D. ad S. C. Trebell. (36, 1): — sed et si quid aliud sua interesse dicet, non cogitur adire, nisi ei damnum vel lucrum a fideicommissario sarciatur. L. 21 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2): Sed utrum corpus eius solum aestimamus, qnanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius, quod interest, fiat aestimatio. L. 22 pr. eod.: Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. L. 33 pr. eod.: Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tn magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed commnniter fnngi. Itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redemturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset; in lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicimur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. (Cohnfeldt §. 1. 6 S. 2. 4. 57 f. verwirft die Vorstellung eines Unterschiedes im Vermögensbetrag und leugnet die Voraussetzung eines Schadens. Interesse ist ihm aller von einer Thatsache abhängige Vortheil, Alles was Jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt eines gewissen Ereignisses haben würde. Dieß trifft jedoch nur den Sprachgebrauch, nicht die Rechtsbegriffe. Da der materielle oder ideelle Vortheil ein hypothekarischer ist (S. 57), so bleibt die Differenz (quidquid haberet, qnaecnnque habiturus vel adsecuturus erat L. 11 pr. D. de min. (4, 4), L. 1 §. 41 D. de vi [43, 16]) gleichwohl stehen. Die Annahme eines Interesses vor dem Schaden (S. 2) aber beruht auf einer Vermischung des Interesses als Erforderniß und als eventueller Gegenstand der Obligation. R.)

seyn[f]). 2) Nur der Nachtheil kommt in Anschlag, welcher durch das beschädigende Ereigniß selbst (unmittelbar oder mittelbar) wirklich hervorgebracht worden ist[g]). 3) Der durch individuelle Umstände und Verhältnisse vermittelte Verlust wird der Regel nach nur bey dem positiven Schaden berücksichtigt[h]), wo sich denn auch der Causalzusammenhang sicher ermitteln läßt, nicht hinsichtlich des entgangenen Gewinns, bey welchem nur der gemeine, durch die Sache und ihre allgemeine Bestimmung selbst gegebene (utilitas circa rem ipsam) in Anschlag kommt[i]). 4) Bey der Bestimmung des Ortsinteresse (§. 246) ist ausnahmsweise auf jeden erweislich entgehenden Gewinn, auch den auf individuellen Umständen beruhenden zu sehen, da gerade in Beziehung auf diesen der Unterschied des Orts der Zahlung, was das lucrum betrifft, sich vornehmlich zeigen wird[k]). 5) Um übermäßige Anschläge zu verhüten, hat Justinian verordnet, daß bey Obligationen,

---

f) L. 33 pr. cit. (Note e a. E.), vgl. §. 220 Note l.

g) L. 21 §. 3 D. de A. E. V. (19, 1): Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit, neque enim, si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit, nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur; nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si hodie pluris sit, merito, quia sive datum esset, haberem emtor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit.

h) S. z. B. L. 22 pr. D. ad L. Aquil. (Note e).

i) L. 33 pr. eod. (Note e), L. 21 §. 3 D. de A. E. V. (Note g), L. 19 D. de peric. (18, 6): Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit.

k) L. 2 §. 8 D. de eo quod certo loco (13, 4): Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci, quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse, Ephesi recipere; itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hano arbitrariam, quod interfuit, veniet, et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid, si merces solebat comparare? et an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem. (Die Beschränkung auf Num. 3 und 4, auf den positiven Schaden und das Ortsinteresse wird mit Recht angefochten von Mommsen §. 17. 26, Windscheid, Rec. S. 546—548, Pand. §. 258 Anm. 16, Sintenis §. 86, Unger, österr. Vierteljahrschrift XIV, S. 114 Note 6, Seuffert, Archiv II. 155, XI. 130, XII. 15, 105, XIII. 11, XV.

die nicht von Anfang auf das Interesse gehen, die Aestimation desselben nie das Doppelte von dem mit Bestimmtheit zu ermittelnden Werth des Gegenstands (verum rei pretium) übersteigen soll[l]).

§. 226.

Diese Regeln finden ihre Anwendung, wenn der Richter die Größe des Interesses auf den Beweis des Klägers zu bestimmen hat. Sie fallen weg, wo dem Kläger (zur Strafe des Dolus oder Ungehorsams des Beklagten) das Recht gegeben ist, sein Interesse durch eidliche Betheuerung (iusiurandum in litem, Würderungseid) zu bestimmen[m]), indem hier an die Stelle der Rechtsregeln das Gewissen des Schwörenden tritt[n]), welches eine äußere Gränze nur in dem von dem Richter zu setzenden Maximum (taxatio) hat[o]). Die Voraussetzungen dieses Eides sind 1) Dolus (culpa lata) oder Contumacia des Beklagten[p]),

8. XVII. 224. Die Causalität ist hier keine eigenthümlich bedingte, sondern nur schwerer erweislich. R.)

l) L. un. C. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur (7, 47): Cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sint, melius nobis visum est, huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id, quod interest, statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio. Vgl. Sell, Jahrbücher I. 5 (1841).

m) Dig. XII. 3 (Cod. V. 53): de in litem iurando. Vgl. Schröter, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. VII. 11 (1845). Savigny, System V. §. 221. 222. 224 (1841).

n) Schon daraus ergiebt sich, daß die sonst gemachte Unterscheidung von iusiurandum in litem affectionis und veritatis falsch ist, — was man (unpassend) affectionis genannt hat, ist das einzige iusiurandum in litem.

o) L. 4 §. 1. 2. 3, L. 5 §. 1 D. h. t. (12, 3), L. 18 pr. D. de dolo m. (4, 3), L. 3 §. 2 D. ad exhib. (10, 4), L. 22 §. 14 C. de iure delib. (6, 30). Vgl. G. Hasse, Rhein. Museum VI. S. 181 ff.

p) L. 2 §. 1 D. h. t. (12, 3): Interdum quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor. L. 4 §. 4, L. 5 §. 3 eod., L. 2 C. eod. (5, 53), L. 18 §. 1 D. de dolo m. (4, 3).



2) eine Klage auf Restitution oder Exhibition q); bey anderen ist er nur zulässig, wenn der Werth sonst schlechterdings nicht ermittelt werden kann, damit der Dolus des Beklagten nicht ungeahndet bleibe r), 3) Ungewißheit des Schadens s). Der Würderungseid geht nicht auf den Grund der Klage, der vielmehr auf die gewöhnliche Art bewiesen werden muß, sondern auf die Größe des Schadens, wovon aber die Existenz eines Schadens überhaupt (unterschieden von der zum Grund der Klage gehörigen Verschuldung) nicht zu trennen ist t).

β. Zinsen a).

§. 227.

Zinsen sind das Aequivalent für die Benutzung einer Quantität fungibler Sachen, welches der diese Summe Schuldende dem Gläu-

q) L. 18 pr. eod., L. 68 D. de R. V. (6, 1), L. 3 §. 2 D. ad exhib. (10, 4), L. 3 §. 2 D. commod. (13, 6), L. 48 §. 1 D. loc. (19, 2), L. 25 §. 1 D. sol. matr. (24, 3), L. 7 pr. D. de adm. tut. (26, 7), L. 15 §. 7. 9 D. quod vi (43, 24).

r) L. 5 D. h. t. (12, 3): In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur. Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur, licuit enim et a primo nec deferre. Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam; haec enim iudex aestimat. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit, quia index aestimare sine relatione iurisiurandi non potest rem, quae non exstat. L. 6. 9 eod., L. 5 pr. D. depos. (16, 3): Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit. L. 4 C. de A. E. V. (4, 49).

s) L. 3 D. h. t. (12, 3): Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque, quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio; nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse, quid enim, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est?

t) Diese Bestimmung der Existenz eines Schadens durch den Eid hat man irrthümlich für eine Besonderheit gewisser Fälle (s. g. iuramentum Zenonianum) gehalten, nach L. 9 C. unde vi (8, 4): Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis vel invasis, vel damno dato tempore impetus quaestio proponatur, si non potuerit, qui vim sustinuit, quae perdidit, singula comprobare, taxatione a iudice facta pro personarum atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum, quas perdidit, manifestet; nec liceat ei, ultra taxationem a iudice factam iurare; et quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportere (Zeno). Vgl. L. 10 D. h. t. (12, 3).

a) Dig. XXII. 1: de usuris etc. Cod. IV. 32: de usuris. (Fritz, Erläut. II. S. 20—71, Unterholzner I. §. 150—159, Sintenis II. §. 87, Unger in der österr. Vierteljahrschr. XIV. S. 117 f., Heimbach im Rechtslex. XV. S. 389—462, Arndts §. 207—210, Vangerow I. §. 76. 77, Windscheid §. 259. R.)

biger aus irgend einem Grund zu leisten hat[b]). Die Zinsverbindlichkeit setzt immer eine Hauptschuld (sors, caput, Capital, Hauptstock) voraus, mit der sie daher auch untergeht[c]); sie ist also immer materiell eine accessorische, sey es, daß sie auch formell einen Bestandtheil der Hauptschuld bildet, in welchem Fall nur die Hauptklage, nicht eine besondere auf die Zinsen zusteht, oder daß formell eine besondere Obligatio auf die Zinsen constituirt ist. Beide Verhältnisse können eintreten, wenn die Zinsverbindlichkeit auf einem Rechtsgeschäft beruht (usurae ex obligatione)[d]), nur das erste dagegen, wenn sie unwillkürlich sich mit einer Hauptobligatio verbindet (usurae officio iudicis praestandae, s. g. usurae legales)[e]). Solche gesetzliche Zinsen sind

---

b) Vgl. L. 3 §. 4, L. 17 §. 8 D., L. 23 C. h. t., L. 8 C. si certum pet. (4, 2). Regelmäßige Gleichartigkeit der Zinsen mit dem Capital, L. 16. 17. 23 C. h. t., L. 14 C. h. t.

c) Ueber den Einfluß der Verjährung der Klage aus der Hauptschuld, L. 26 pr. C. h. t. (4, 32): Eos, qui principali actione per exceptionem XXX vel XL annorum sive personali sive hypothecaria ceciderunt, iubemus non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad XXX vel XL praeteritos annos referuutur, asserendo singulis annis earum actiones nasci. Principali enim actione non subsistente satis supervacuum est, super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.

d) L. 17 §. 4, L. 41 §. 2 D. h. t. (22, 1), L. 24 D. de praescr. verb. (19, 5), L. 1. 3. 4 C. h. t. (4, 32), L. 10 D. de porlic. (50, 12), L. 3 §. 6 D. de annuis leg. (33, 1), vgl. L. 1 C. de iudic. (3, 1): Iudicio coepto usurarum stipulatio non est peremta, superest igitur, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis. Vermuthung für eine Zinsverbindlichkeit aus lange Zeit hindurch erfolgter Zinszahlung (was man irrthümlich als Entstehung der Zinsverbindlichkeit durch Verjährung qualificirt hat), L. 6 D. h. t. (22, 1). (Vgl. auch H. Keller, in Sell's Jahrb. III. S. 171—224. R.) Fälle, wo schon nach R. R. das Zinsversprechen durch ein bloßes pactum die Wirkung einer selbstständigen mit einer besonderen Klage geltend zu machenden Zinsobligation haben soll (also abgesehen von der Wirksamkeit eines pactum adiectum): L. 30 D., L. 12 C. h. t., L. 5 §. 1, L. 7 D. de naut. foen. (22, 2), Nov, 136 c. 1 (nicht glossirt.)

e) L. 49 §. 1 D. de A. D. V. (19, 1): Pretii sorte licet post moram soluta usurae peti non possunt, cum hao non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur. L. 4 C. depos. (4, 34): — Sed si cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio cst, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum, sod una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. L. 13 C. h. t. (4, 32). (Vgl. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 371 Note 4. (Streitfragen: 1) Beschränkung des Wegfalls der Zinsforderung durch Vorbehalt oder Irrthum bei dem Rückempfang des Kapitals? Dawider: Wächter II. S. 343, dafür: Windscheid §. 259 Anm. 10. Die Praxis noch schwankend: Seuffert, Archiv VI. 321 dafür, XII. 254 dawider. 2) Wegfall des Ausschlusses durch das Urtheil im

1) die Verzugszinsen (§. 268)[f], welche indessen wegfallen bey Verbindlichkeiten des Fiscus, der überhaupt keine Zinsen officio iudicis zu prästiren hat, ausgenommen aus der Person dessen, in dessen Schuld er eingetreten ist[g]; ferner bey Schenkungsversprechen[h]), endlich bey Geldstrafen, indem von Strafen überhaupt keine Zinsen gefordert werden können[i]). Zu den Verzugszinsen müssen auch die gerechnet werden, welche der Fiscus[k]) und Minderjährige[l]) von jeder zinsfähigen Hauptschuld fordern können, so daß also die Zinsverbindlichkeit eine Verzögerung der Leistung voraussetzt, die nur dadurch von der eigentlichen Mora sich unterscheidet, daß keine Mahnung gefordert wird. 2) Die Zinsen des Kaufpreises, die von der Zeit an, wo der Käufer in den Besitz der Sache gesetzt worden ist, prästirt werden müssen[m]). 3) Die Zinsen von fremden Geldern, die man unbefugt in eigenen Nutzen verwendet hat[n]). 4) Die Zinsen, welche der in Anlegung und Nutzbarmachung der Gelder nachlässige Verwalter fremder Güter davon zu prästiren[o]), und die der Dominus umgekehrt ihm zu entrichten hat, wenn er sein eignes Geld auf die geführte Verwaltung verwendet hat[p]). 5) Ueberhaupt können Zinsen zu dem Interesse gehören, welches jemand aus irgend einem Grund zu leisten verpflichtet ist (§. 225 Note i), und auch diese setzen kein Rechtsgeschäft, das sie constituirt, voraus.

§. 228.

Die Höhe der zu leistenden Zinsen[q]) beruht bey den usurae ex

heutigen Recht in Folge der wegfallenden Proceßconsumtion? Dagegen: Sintenis II. S. 96. 99. Dafür: Windscheid §. 259 Anm. 10, vermittelnd: Arndts §. 207 Anm. 5. R.)

f) L. 32 §. 2, L. 34 D. h. t. (22, 1). (Verhältniß zu den Proceßzinsen: Savigny, System VI. §. 268—271. Vgl. oben §. 96 Note i. R.)

g) L. 17 §. 5 eod.

h) L. 16 pr. eod., L. 1 pr. D. de pollic. (50, 12), L. 22 D. de donat. (39, 5).

i) L. 9 D. de mag. conven. (27, 8), L. 1 C. de fiscalibus usuris (10, 8).

k) L. 17 §. 5, L. 43 D. h. t. (22, 1).

l) L. 3 C. in quib. caus. in int. (2, 41), L. 87 §. 1 D. de leg. II. (31), vgl. L. 17 §. 3 D. h. t. (22, 1). Mit der Großjährigkeit hören die Zinsen, die sich blos auf dieses Minderjährigkeitsprivilegium gründen, auf.

m) L. 13 §. 20. 21 D. de A. E. V. (19, 1), L. 5 C. eod. (4, 49).

n) L. 1 §. 1 D. h. t. (22, 1), L. 10 §. 3 D. mand. (17, 1), L. 7 §. 10—12 D. de adm. tut. (26, 7).

o) L. 7 §. 3, L. 15. 58 §. 1 eod., L. 19 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5), L. 17 §. 7 D. h. t. (22, 1), L. 24 C. eod. (4, 32).

p) L. 37 D. eod., L. 19 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5), L. 12 §. 9 D. mand. (17, 1), L. 67 §. 2 D. pro socio (17, 2), L. 3 §. 1. 4 D. de contr. tut. act. (27, 4). S. auch §. 152 Note f.

q) Ausgedrückt wird die Höhe heutzutage gewöhnlich durch Angabe der jähr-

obligatione auf dem Willen der Constituenten (innerhalb der gesetzlichen Gränze r). Bey den gesetzlichen Zinsen s) ist sie zum Theil gesetzlich bestimmt, so auf 12 Procent für die usurae rei iudicatae nach Ablauf der viermonatlichen Frist, die dem zur Zahlung einer Summe rechtskräftig verurtheilten Schuldner gestattet ist t), und für die Zinsen, welche ein Socius von den für den Antheil des anderen ausgelegten Reparaturkosten eines gemeinschaftlichen Gebäudes fordern kann u); auf 4 Procent die Zinsen wegen Verzögerung eines zum Besten einer Gemeinde zu errichtenden Opus v), die Zinsen aus einem Dotalversprechen w), die Zinsen von der zu restituirenden Dos x), die Zinsen, welche bey dem Vermächtniß unter Bedingung des Wittwenstandes vorkommen y); auf 3 Procent die Zinsen von einem Vermächtniß, welches der Vermächtnißnehmer von einem angeblichen, nachher im Erbschaftsstreit unterliegenden Erben gezahlt erhalten und an ihn zu

lichen Procente, im römischen Recht durch Angabe der monatlichen Procente, daher centesimae usurae (eins vom Hundert monatlich) gleich 12 Procent (jährlich), semisses usurae (ein Halb vom Hundert monatlich) gleich 6 Procent, trientes usurae gleich 4 Procent, besses usurae gleich 8 Procent u. s. f. Unter den christlichen Kaisern wurde die Berechnung nach Vierundzwanzigtheilen (siliquae) eines solidus üblich, und hier verstand man unter centesimae usurae drei siliquae jährlich von jedem solidus des Capitals, also $12^{1}/_{2}$ Procent, unter semisses daher $6^{1}/_{4}$ Procent u. s. f. Nov. 32 c. 1, Nov. 34 c. 1, vgl. interpr. ad L. 2 C. Th. de usur. (2, 33).

r) In der Annahme minderer Zinsen durch den Gläubiger liegt eine stillschweigende Uebereinkunft der Herabsetzung des Zinsmaßes, L. 5. 8 C. h. t. (4, 32).

s) Das Maß der gesetzlichen Zinsen wird gesetzlicher Zinsfuß genannt (auch der Ausdruck „landesübliche Zinsen" wird oft in demselben Sinn gebraucht); in einem andern Sinn heißt gesetzlicher Zinsfuß das gesetzliche Maximum für alle, auch die vertragsmäßigen Zinsen.

t) L. 2 C. de usuris rei iudic. (7, 54). Justinian hat diesen Ansatz (der vorher sogar 24 Procent betrug) noch weiter dadurch gemildert, daß er gebot, diese Zinsen nur von dem ursprünglichen Capital, nicht auch von den abgelaufenen Zinsen desselben (obgleich diese durch das Urtheil die Eigenschaft von Zinsen verloren haben, und mit dem alten Capital zusammen das neue Capital ausmachen, welches durch das Urtheil begründet ist) zu berechnen, L. 3 C. eod. Heutzutage sind diese Zinsen auf das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum herabgesetzt, dagegen muß auch jene singuläre Beschränkung auf das ursprüngliche Capital, die nur für die erhöhten Zinsen einen Sinn hatte, cessiren, und müssen daher diese Zinsen von der ganzen Summe, in die der Schuldner condemnirt ist, berechnet werden.

u) L. 4 C. de aedif. (8, 10). Das heutige Recht reducirt auch diese auf das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum.

v) L. 17 §. 8 D. h. t. (22, 1).

w) L. 31 §. 2 C. de iure dot. (5, 12).

x) L. un. §. 7 C. de rei ux. act. (5, 13).

y) Nov. 22 c. 4 §. 7, c. 44 §. 1. Vgl. auch Nov. 2 c. 4.

restituiren hat[z]); auf das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum endlich (nach justinianischem Recht also 6, nach heutigem 5 Procent) die Zinsen, welche negotiorum gestores, Vormünder und Beamte von den in ihren eigenen Nutzen verwendeten Geldern der domini negotiorum, Mündel und juristischen Personen zu entrichten haben[aa]). In allen anderen Fällen richtet sich die Höhe der von dem Richter zuzuerkennenden Zinsen nach dem Maß, das der Gläubiger bey Ausleihung des Geldes nach Ortsgewohnheit und Gelegenheit hätte erlangen können[bb]).

§. 229.

Die Höhe der Zinsen ist gesetzlich auf mehrfache Weise beschränkt. Die vornehmste und principalste dieser Beschränkungen besteht in der Festsetzung eines Zinsmaximums, welches weder bey Zinsen ex obli-

z) L. 12 pr. C. de H. P. (3, 31).

aa) L. 38 D. de neg. gest. (3, 5), L. 7 §. 4. 10 D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 C. de usuris pupillaribus (5, 56). In diesen Quellen wird gesagt, sie seyen zu maximae oder legitimae usurae verpflichtet, und dieß bedeutete zu jener Zeit 12 Procent, welches damals das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum war. Als Theile der juristischen Legislation sind sie nach dem neuesten Zinsfuß zu verstehen, nach welchem 6 Procent die maximae und legitimae usurae sind, und der, wie L. 16 C. h. t. nachdrücklich erinnert, auch bey den officio iudicis zu prästirenden Zinsen als regelmäßige Gränze betrachtet werden soll. Wenn man den Einwand macht, daß auch nach justinianischem Recht die centesimae usurae (ausnahmsweise) vorkommen, und in der That die maximae seyen, die dieses Recht kennt (s. Göschen, Grundriß zu Pand.-Vorles. S. 212), so nimmt man den Ausdruck offenbar in einem anderen Sinn, als er in den angeführten Stellen haben sollte (denn „die höchsten Zinsen, die überall — nicht blos regelmäßig — möglich sind", waren nach dem damaligen Recht nicht die centesimae, sondern duae centesimae — Note t — ja sogar infinitae — beym foenus nauticum —). Maximae werden in den angeführten Stellen denen entgegengesetzt, die der Gläubiger nach den factischen Umständen bey eignem Ausleihen hätte erhalten können, er soll Anspruch haben auf die höchsten, die er dem Recht nach erhalten konnte, ohne Rücksicht darauf, daß der factische Zinsfuß vielleicht niedriger stand.

bb) L. 1 pr. D. h. t. (22, 1), L. 38 D. de neg. gest. (3, 5), L. 10 §. 3 D. mand. (17, 1), L. 7 §. 10 D. de adm. tut. (26, 7), L. 39 §. 1 D. de leg. I. (30). Die 5 Procent Verzugszinsen beym Darlehen, die der R. D. A. 1600 §. 139 festsetzt, hat man als gesetzliche Fixirung verstanden, und daher in der Praxis dem Gläubiger das Recht zuerkannt, im Fall des Verzugs stets dieses Maß zu fordern. In der That aber ist dieß gegen den Inhalt des Gesetzes, welches von der Voraussetzung ausgeht, daß der factische Zinsfuß wirklich so hoch sey („der Vermuthung halben, daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen, und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünf wohl haben möge"). (Diese Meinung beruht auf einer Verwechselung der Fixirung des Maximum und Minimum. Letztere ist in dem Gesetz allerdings enthalten. Gerstlacher, Handb. X. §. 87 S. 2133—36, Arndts, Pand. §. 210 Anm. 3. R.)



gatione noch bey gesetzlichen überschritten werden soll. Dieser regelmäßige gesetzliche Zinsfuß war nach älterem römischen Recht 12 Procent jährlich, nach justinianischem ist er auf die Hälfte herabgesetzt. Diese Regel hat in Beziehung auf vertragsmäßige Zinsen Ausnahmen bey contractus traiecticii (§. 304), und Darlehen anderer Gegenstände als Geldes, wobey 12 Procent, ferner für Kaufleute und Fabricanten, denen 8 Procent, für Personen mit dem Rang von illustres und höherem, denen nur 4 Procent, und bey Gelddarlehen an Landleute, wobey ebenfalls nur 4 Procent gestattet sind[cc]). In Deutschland war die Anwendung dieser Bestimmungen von Anfang durch die Autorität des canonischen Rechts, welches die Zinsnahme überhaupt verbietet, gehindert; als dieses Verbot allmälig der Macht der Umstände weichen mußte, ist durch die Reichsgesetze der Zinsfuß von fünf Procent als das gesetzliche Maximum gesetzt worden, zuerst für das die verzinslichen Darlehen vertretende Geschäft[dd]), sodann für das verzinsliche Darlehen der Juden[ee]), ferner für die Verzugszinsen beym Darlehen[ff]), endlich bey Gelegenheit der durch die Nachwehen des dreißigjährigen Kriegs veranlaßten gesetzlichen Maßnahmen für die Zinscontracte überhaupt[gg]).

Außer dieser Beschränkung ist noch festgesetzt, daß die Zinsen nicht

---

cc) L. 26 §. 1 C. h. t. (4, 32) Nov. 34.

dd) R. A. 1500 Tit. 32. R. P. O. 1577 Tit. 17 §. 9.

ee) R. P. O. 1577 Tit. 20 §. 6.

ff) R. D. A. 1600 §. 139.

gg) J. R. A. 1654 §. 174. Vgl. Glück, Commentar XXI. S. 95 ff., Göschen, Vorlesungen II. §. 406. (Das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 293 hat bey Handelsgeschäften sechs Procent, bei Schulden eines Kaufmanns aus Darlehen und Handelsgeschäften auch Mehr gestattet. Das Princip der Capitalmiethe, mit voller und allgemeiner Vertragsfreiheit den Preis für die Nutzung des Capitals festzustellen (L. 22 §. 3 D. locati (19, 2) vgl. §. 364, b) ist erst in neuester Zeit durch das Gesetz des norddeutschen Bundes vom 14. November 1867 eingeführt worden: darin liegt eine Berücksichtigung des materiellen Gewinns des Schuldners, welchem durch das moderne Princip die Möglichkeit eröffnet wird, sich gegen ein verhältnißmäßig vielleicht geringes Geldopfer die benöthigte Summe zu verschaffen, während ihn das römische Recht nur gegen Mißbrauch seines Nothstandes durch den Gläubiger zu schützen suchte. Das canonische Recht hatte in den primitiven Zuständen des Mittelalters, unter welchen es die durch den ethischen Geist des Christenthums gebotene sittliche Pflicht der freien Arbeit in ein theologisch-juristisches Wucherdogma umbildete, die Bedeutung der Capitalmacht und Speculation sogar gänzlich vernichtet und mußte schon deshalb den vorgeschrittenen Culturzuständen der neuern Zeit weichen. Vgl. Endemann, die Bedeutung der Wucherlehre. Berlin 1866. S. 14 f. Zimmermann, über die Aufhebung der Zinsbeschränkungen. Archiv für civ. Pr. LII. No. XV. S. 373 f. R.)

durch Abzug von der dargeliehenen Summe vorausgenommen werden sollen, nur das wirklich Gegebene ist als Capital zu betrachten[hh]); daß Zinsen nicht von Zinsen genommen werden dürfen, weder so, daß die rückständigen Zinsen zum Capital geschlagen (anatocismus coniunctus), noch so, daß sie als abgesondertes Capital verzinst werden (anatocismus separatus)[ii]); endlich daß der Zinsenlauf, wenn die rückständigen Zinsen der Höhe des Capitals gleichgekommen sind, ruhen soll, bis sie oder ein Theil derselben wieder abgetragen sind[kk]).

Alles, was diesen Zinsbeschränkungen, direct oder indirect[ll]), zuwiderläuft, ist insoweit als Zinswucher ungültig und begründet keine Forderung, die Zahlung verbotener Zinsen ist als Capitalzahlung zu behandeln, durch Abrechnung an der Hauptschuld, wenn diese noch nicht getilgt ist, und wenn dieß schon geschehen ist, durch Zurückforderung[mm]).

γ. Strafen.

§. 230.

Strafe, poena, ist jeder Nachtheil, den eine Rechtsverletzung für den Verletzer außer der einfachen Wiederherstellung des verletzten Rechts zur Folge hat[a]). Die Intention bey der Festsetzung der Strafe

---

hh) L. 26 §. 1 C. h. t. (4, 32). Sonst ist eine Vorausbezahlung der Zinsen nicht unstatthaft, L. 57 pr. D. de pact. (2, 14), L. 2 §. 6 D. de doli exc. (44, 4).

ii) L. 26 §. 1 D. de cond. ind. (12, 6), L. 27 D. de re iud. (42, 1), L. 28 C. h. t. (4, 32). Kein Anatocismus ist es, wenn bezahlte Zinsen wieder geliehen werden, oder durch eine Novation (vorausgesetzt, daß sie nicht in fraudem legis geschehen ist) die Zinsen diese ihre Eigenschaft als Zinsen verloren haben, vgl. L. 10 §. 3 D. mand. (17, 1), L. 7 §. 12 D. de adm. tut. (26, 7). S. oben Note t. (Die R. P. O. 1530 Tit. 26 §. 1 a. E. 1548 Tit. 17 §. 1. 1577 Tit. 17 §. 1 verbieten den Gläubigern nur „um ein kleines Versäumniß der Zeit, so sie der Bezahlung zu thun ansetzen, ein übermäßiges Interesse zu fordern und mit der Hauptsumme zu steigen und dieselbe umzuschlagen.“ Das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 291 gestattet Zinseszinsen vom Contocurrentüberschuß, vgl. Seuffert, Pand. §. 233 Note 10, Archiv II. 149, VII. 290, VIII. 21, X. 207, XVII. 16, Holzschuher III. §. 215 Nr. 5. R.)

kk) L. 26 §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 10. 27 §. 1 C. h. t. (4, 32). Justinian hat sogar vorgeschrieben, daß der Schuldner von der Zinsverbindlichkeit von dem Moment an befreit seyn soll, wo die von ihm bezahlten Zinsen dem Capital gleich kommen (s. g. beneficium alterius tanti), L. 29. 30 C. eod., Nov. 121. 138. 160, aber diese Gesetze sind als unglossirte nicht recipirt. — Vgl. W. Sell, über das Verbot der Zinsen supra duplum oder ultra alterum tantum, in s. Jahrbüchern I. 2 (1841).

ll) L. 13 §. 26 D. de A. E. V. (19, 1), L. 44 D. h. t. (22, 1).

mm) L. 9 pr. eod., L. 18. 26 §. 1 C. eod. (4, 32), L. 26 pr. §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6), vgl. §. 309 Note c.

a) Dahin gehört auch das iusiurandum in litem, wozu der Kläger gelassen

ist nicht nothwendig die, dem Kläger einen Gewinn zu verschaffen, obwohl dieser Erfolg auf der anderen Seite auch nicht ausgeschlossen ist[b]). Strafe steht also im Gegensatz nicht blos des wirklichen Schadensersatzes (so bey den actiones mere poenales §. 84), sondern auch des einen Beweis des Betrags voraussetzenden Schadensersatzes.

Die von dem Schadensersatz abgesonderte Strafe kommt als gesetzliche (also abgesehen von der Conventionalstrafe §. 231) nur als Gegenstand von Delictsforderungen vor, die mit ihm vermischte theils bey Delicts-, theils bey Contractsforderungen.

§. 231.

Eine Strafe kann durch Verabredung festgesetzt werden. Diese Conventionalstrafe ist ein Nachtheil, dem sich jemand durch Vertrag unter der Bedingung unterwirft, daß eine andere Leistung, die dadurch bestärkt und gesichert werden soll, nicht oder nicht gehörig erfolgen würde[c]). Die Bestärkung und Sicherung einer anderen Leistung liegt materiell in der Conventionalstrafe, formell aber ist sie als ein selbstständiges Versprechen unter einer Bedingung zu beurtheilen, dessen Wirksamkeit nicht von der Kraft der dadurch zu sichernden Verbindlichkeit[d]), sondern nur von der Statthaftigkeit der Bedingung abhängt[e]). Die Conventionalstrafe ist verfallen, sowie die Bedingung eintritt[f]), ohne daß eine Mora erforderlich wäre[g]). Ist die Conventional-

wird (§. 226), ferner das Wegfallen einer Einrede, die dem Beklagten sonst zugestanden hätte, oder der Verlust des commodum possessoris, s. z. B. L. 15 in f. D. de O. N. N. (39, 1).

b) So bey den vermischten Strafklagen (§. 84), bey den allermeisten derselben ist im Grund dem Kläger nur ein leichterer Weg, zum vollen Ersatz seines Schadens zu kommen, eröffnet, auf die Gefahr hin allerdings, den Betrag des Schadens (selbst mit Anschlag der mittelbaren Folgen der Verletzung) zu überschreiten. Strafe für den Beklagten also ist hier nicht immer das, was er leisten muß, wohl aber, daß er es schlechterdings leisten muß, selbst wenn erweislich der Schaden in dem concreten Fall sich nicht so hoch beliefe.

c) §. 7 I. de V. O. (3, 15), L. 11 §. 2 D. de recept. (4, 8). (Savigny, Obligationenrecht II. §. 80, Sintenis II. S. 109—120, Holzschuher III. S. 344—350, Wolff, Mora S. 36 f., Liebe, Stipulation §. 241, Windscheid §. 285. 286. R.)

d) S. z. B. L. 38 §. 17 D. de V. O. (45, 1). (§. 19—21 J. de inut. stip. (3, 18) Verträge zu Gunsten oder zu Lasten dritter Personen, Leistungen ohne Geldwerth, z. B. Einstellung lästigen Musicirens u. dgl. R.)

e) L. 61. 69. 123. 134 pr. eod.

f) Möglicherweise kann bey einem theilweisen Eintritt ein theilweiser Verfall erfolgen, L. 4 §. 1. 2 eod., vgl. aber L. 2 §. 5, L. 85 §. 3 eod., L. 85 §. 6 eod.: Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non erit, centum dari, nisi totus detur, poena committitur centum, nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

strafe auf die Nichterfüllung oder nicht rechtzeitige ꝛc. Erfüllung einer Verbindlichkeit gesetzt, so kann sie als eine reine Strafe gemeint seyn, so daß neben ihr noch das Interesse (der Nichterfüllung oder der nicht rechtzeitigen ꝛc. Erfüllung) gefordert werden kann[h]), anders, wenn sie, was im Zweifel angenommen werden muß, nur ein gewillkürter Anschlag dieses Interesse selbst ist[i]).

B. Subjecte der Obligatio.

1. Stellung derselben.

§. 232.

Es giebt Obligationen, zu deren Wesen es gehört, daß jede der Personen, unter denen sie bestehen, vermöge derselben zugleich Gläubiger und Schuldner wird, so daß die Obligatio nicht ohne diese gegenseitige Verpflichtung entstehen kann. Diese heißen gegenseitige Obligationen. Jene ihre Natur hat die Folge, daß, 1) wenn sie unter Umständen contrahirt werden, welche bewirken, daß nur der eine Contrahent gebunden wird, der andere nicht (wie z. B., wenn ein Pupill ohne den Vormund den Contract geschlossen hat), diese einseitige Haftung (s. g. negotia claudicantia) doch nur die Existenzfrage der Obligatio betrifft, die der nicht gebundene Contrahent entscheidet, aber diese Entscheidung involvirt nothwendig auch die Entstehung seiner Verbindlichkeiten aus der Obligatio, ohne die er auch die damit wesent-

g) L. 12 C. de contr. stip. (8, 38): Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut, si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipuletur, vel quae stipulator voluit, promiserit, et adiecerit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime se posse debitor ad evitandam poenam adiicere, quod nullus eum admonuit; sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro stipulationis tenore fiet obnoxius, cum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere. L. 115 §. 1. 2 D. de V. O. (45, 1), L. 23 D. de O. et A. (44, 7). (Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. Neue Folge IV. 13. Nr. 6 S. 419 ff. R.) L. 23 D. de recept. (4, 8). Eine purgatio morae, die daher für die Conventionalstrafe unwirksam ist, wird ausnahmsweise zu Gunsten der Freiheit zugelassen in L. 122 §. 2 D. de V. O. (45, 1).

h) L. 115 §. 2 eod.

i) L. 23 pr. D. de recept. (4, 8), L. 28. 47 D. de A. E. V. (19, 1). — So auch, wenn die Nichthaltung eines Vertrags die Bedingung der Strafe ist, kommt es darauf an, ob dieses reine Strafe ist, L. 16 D. de transact. (2, 15), oder nicht, L. 15 eod., L. 10 §. 1 D. de pactis (2, 14), L. 12 §. 2 D. de pact. dot. (23, 4). Die Mißverständnisse, welche durch diese Stellen veranlaßt worden sind, s. bey Glück, Comment. IV. S. 533 ff.

lich verknüpften Forderungen daraus nicht in Anspruch nehmen kann[a]); 2) wer aus einer gegenseitigen Obligatio als Gläubiger auftritt, bekennt eben damit, auch Schuldner geworden zu seyn. Sofern nun nicht eine bestimmte Ordnung für die Erfüllung der gegenseitigen Verbindlichkeiten vorgeschrieben ist[b]), fordert jeder etwas unbilliges, der seine Forderung geltend macht, ehe er seiner Verbindlichkeit genügt hat, der Beklagte hat daher gegen die Klage die exceptio doli (s. g. exceptio non adimpleti contractus)[c]), bey welcher er den Grund derselben, seine Gegenforderung, also daß (wenn es bestritten wird) die Klage aus dieser gegenseitigen Obligatio herrührt[d]), zu beweisen hat, der Kläger dagegen (wie jeder Schuldner, welcher den Einwand der Zahlung macht) die Erfüllung seiner Verbindlichkeit, wenn er sie behauptet[e]).

---

a) pr. I. de auct. tut. (1, 21), L. 13 §. 29 D. de A. E. V. (19, 1), L. 34 §. 3 D. de contr. emt. (18, 1), L. 7 §. 1 D. de resc. vend. (18, 5). — Im Zusammenhang mit der Lehre von der naturalis obligatio des Pupillen (§. 237) haben mehrere Juristen eine andere Theorie über diesen Punkt aufgestellt, s. z. B. Vangerow, Leitfaden I. §. 279 a. E.

b) L. 24 §. 2 D. de loc. (19, 2).

c) L. 25 D. de A. E. V. (19, 1): Qui pendentem vindemiam emit, si nvam legere prohibeatur a venditore, adversns eum petentem pretium exceptione uti poterit: Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est. Ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur. L. 13 §. 8 eod. Vgl. Puchta, Cursus der Inst. II. §. 170 Note t.

d) Außerdem natürlich auch die Höhe dieser Gegenforderung, wenn dieser Punkt von dem Kläger beanstandet wird.

e) Der Beweis hält sich also ganz in den allgemeinen Regeln, und es ist verkehrt, um zu dem Beweis der Erfüllung durch den Kläger zu gelangen, den irrigen Satz aufzustellen, die Erfüllung sey ein Theil seines Klagegrundes. Eben so unrichtig ist es, eine besondere exceptio non rite impleti contractus zu behaupten. — Dieser Punkt hat eine ziemlich weitläufige Literatur, die sich zum großen Theil um solche Mißverständnisse dreht. Vgl. Glück, Commentar XVII. §. 1043, Heerwart, Archiv für civ. Pr. VII. 18 (1824), XIV. 9 (1831), XVIII. 15 (1835), Volkmann, de exc. non adimpl. contr. 1829, A. Lang, über die Einrede der nichterfüllten Contracte (1829), Schenk, Archiv XVII. 4. 9 (1834), XX. 15 (1837), Treitschke, Archiv XXII. 11 (1839), Sintenis, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XVI. 7, XVII. 5 (1842). (Die Controverse ist wieder aufgenommen durch Keller im Jahrb. des gem. deutschen Rechts IV. 11 (1860), der den Satz aufstellt, daß jeder Contrahent nur zur Leistung gegen Gegenleistung verpflichtet sey, so daß die Forderung ohne Erfüllung oder Angebot der letztern eine unbegründete wäre, mithin die Vertheidigung des Verklagten eine negative Litiscontestation enthalten würde. Dagegen ist jedoch von W. A. Puchta und Bekker das. V. 5. 6 [1861], Windscheid §. 321, 2 mit Recht auf die gegenseitige Bedingtheit beider Forderungen hingewiesen worden, welche nur eine Einrede rechts- und vertragswidrigen Be-

Den gegenseitigen Obligationen stehen die übrigen als einseitige gegenüber, deren nächster und wesentlicher Inhalt nur eine Berechtigung der einen und eine dieser entsprechende Verpflichtung der anderen Person ist, und die darum, daß auch hier vielleicht der wesentliche Schuldner aus dem obligatorischen Verhältniß berechtigt werden kann, keineswegs zu den gegenseitigen gerechnet werden dürfen[f]).

2. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern[a]).

a. Uebersicht der verschiedenen Fälle.

§. 233.

Man kann mehrere Schuldner oder Gläubiger haben, 1) ohne daß ein Zusammenhang irgend einer Art zwischen diesen Obligationsver-

---

gehrens zur Folge haben kann, gleichgültig, ob dieselbe als eigentliche exceptio doli oder in factum formulirt ist, Gai. 4, 126, L. 14 D. de exc. [44, 1], L. 5 §. 4 D. de doli exc. [44, 4], L. 5 C. de evict. [8, 45], oder schon von selbst in der Intentio der bonae fidei actio enthalten ist, L. 13 §. 8 D. de act. empt. [19, 1]. R.)

f.) Die Eintheilung in einseitige und gegenseitige Obligationen ist nicht, wie gewöhnlich geschieht, auf die Möglichkeit, sondern auf die Nothwendigkeit einer gegenseitigen Verpflichtung zu stellen.

a) (Keller, Litiscontestation [1827] §. 49 S. 413 f. R.) Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen 1831. (Savigny, Obl.-R. I. §. 16—27 S. 136—294 [1851]. Die letztere Darstellung hat das große Verdienst, die gemeinsame praktische Bedeutung der blos solidarischen und der Correalobligationen: Erleichterung und Sicherung der Rechtsverfolgung, deren überwiegende Wichtigkeit man [vgl. z. B. v. Schröter in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß VI. S. 431—433, 1833] über Ribbentrop's Unterscheidung der ächten und unächten Correalschuld zu übersehen anfing, wieder in den Vordergrund zu stellen. Diese erleichterte Rechtsverfolgung hat Brinz, Pand. I. S. 615 f., zu einer „Vertretung" ausgebildet, die, ungeachtet der Einwürfe von Arndts, Pandekten §. 213 Anm. 3 S. 340 3. Aufl. und von Dworzak in Haimerl's österr. Vierteljahrschrift 8, 2 S. 6 sowohl für die Zahlung (L. 10 D. de pec. const. 13, 5), als für die gerichtliche Vorfolgung der ächten Correalobligationen festzuhalten ist, weil es ohne sie an der Legitimation zur Sache bey der Novation und Litiscontestation (L. 31 §. 1 D. h. t., L. 33 C. de don. 8, 54) und zum Proceß, wie an der für die Consumtion (L. 16 D. h. t., L. 51 D. de fidei. 46, 1, L. 31 §. 1 D. de nov. 46, 2) erforderlichen Identität der Personen fehlen würde. Die Rechtsfigur dieser Vertretung stammt gleich der Delegation (L. 11 D. de nov. 46, 2) noch aus der Zeit, in welcher man nur suo nomine klagen konnte. Indem man diese nur scheinbare Mannigfaltigkeit der obligatio bey mehreren actiones de eadem re übersah, ist man dahin gelangt, die Einheit der obligatio mit mehreren Subjecten überhaupt (Rückert, Zeitschr. für Civilrecht. N. F. XII. (1854) S. 3, Kuntze, Obl. und Sing. Succ. (1856) S. 119 f., Helmolt, C. O. (1857) S. 160, Fritz, Zeitschr. f. Civilr. und Proceß. N. F. XVII. 6, XVIII. 8, XIX. 2 (1860—1862), Schönemann, Beil.

hältnissen besteht[b]); 2) so daß diese Obligationen in ihrer Entstehung einen Zusammenhang haben, wobey das Verhältniß ein doppeltes seyn kann: a) theilweise Forderung oder Verbindlichkeit, wie bey mehreren Erben des Gläubigers oder Schuldners, oder bey gemeinsamer Abschließung eines Contracts, ohne daß ein Grund für eine solidarische Berechtigung oder Verpflichtung eintritt; b) Berechtigung oder Verpflichtung jeder Person zu dem Ganzen, welches mehrmals, jeder oder von jeder für sich, geleistet werden muß[c]); 3) so daß in dem Gegenstand der Zusammenhang unter den Forderungen und Verbindlichkeiten liegt; es ist ein und derselbe Gegenstand, den jeder Gläubiger ganz zu fordern, jeder Schuldner ganz zu leisten hat, der aber nur einmal gefordert und geleistet wird; darin besteht der Charakter der solidarischen Obligationen.

Die Solidarität kann rein auf der Identität des Gegenstandes beruhen, zu dem mehrere berechtigt und verpflichtet sind, so daß mehrere, außerdem gegen einander selbstständige Obligationen existiren, die nur darin ein gemeinschaftliches Schicksal haben, daß, wenn die eine durch Leistung des Geschuldeten getilgt ist, auch die anderen es sind, weil

---

zur Zeitschr. für Civilr. und Pr. XIX. S. 9—17 (1862), Sintenis II. §. 89 neue Aufl., C. A. Seuffert zu Seuffert, Pand. §. 223 Note 4), oder doch für die C. O. (Stintzing, krit. Vierteljahrschr. I. S. 510) zu leugnen (dagegen: Windscheid, krit. Ueberschau IV. S. 219 f.) und der Aufhebung der C. O. durch Litiscontestation und dergl. eine abgeschwächte Entscheidung durch Wahl (electio, occupatio) zu substituiren: Girtanner, Bürgschaft II. S. 396, Stipulation (1859) S. 218, Fitting, Lehre v. d. C. O. (1859) S. 13 f. Vgl. dagegen und für die Einheitstheorie: Samhaber, zur Lehre v. d. C. O. im röm. und heut. Recht (1861) §. 10 S. 97 f., Dworzak, a. a. O. S. 19 f., Windscheid, Pand. §. 223 Note 1, der sich jedoch der Fitting'schen Combinationstheorie insoweit nähert, als er eine Verwandtschaft zwischen der Alternation in den Subjecten und der Leistung anerkennt. Eine neue Vermittlung hat seitdem Baron, Gesammtrechtsverhältnisse (1864) S. 205—391 versucht. Er faßt die Getheiltheit der Obligationen nach den zwölf Tafeln als einen absoluten Rechtssatz und nimmt deshalb, um eine Einheit gleichwohl zu erreichen, für die Gesammtobligation wenigstens in einem Durchgangsstadium und bezüglich der Erfüllung und Verfügung (S. 234 f., S. 245) eine fingirte Persönlichkeit an. Diese tritt jedoch nirgends hervor, da vielmehr aus den Sonderobligationen geklagt wird. — Uebersichten, wie sie die anschwellende Literatur fordert, geben Windscheid, Dworzak, Samhaber und Fritz. — Ueber L. 2. 12 pr. D. de duob. reis [45,2], L. 7 §. 1 D. de auct. tut. [26, 8] s. Huschke Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. IV. [1847] S. 402 ff. R.)

b) Zwischen mehreren, sonst ganz gegen einander isolirten Gläubigern entsteht ein Zusammenhang durch den Concurs (§. 247), aber dieß ist kein solcher, der als Qualification der Obligationen selbst betrachtet werden könnte.

c) Berechtigung, L. un. §. 11 C. de cad. toll. (6, 51), L. 1 §. 9, L. 18 §. 2 D. de iniur. (47, 10). Verpflichtung, L. 11 §. 2 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 55 §. 1 D. de adm. tut. (26, 7).

durch die Leistung auch ihr Gegenstand weggenommen ist. Solche solidarische Obligationen sind die Verbindlichkeit derer, welche zusammen eines Delicts schuldig geworden sind, auf Schadenersatz[d]), die Verbindlicheit von Mitvormündern bey ungetheilter Administration[e]), und eben so von öffentlichen Communalbeamten[f]), von mehreren Bestellern eines gemeinschaftlichen Geschäftsführers, gegenüber der exercitoria und institoria actio[g]), die Verbindlichkeit von mehreren Mandatarien für dieselben Geschäfte[h]), eben so von mehreren Mandanten, von denen jeder das ganze Geschäft aufgetragen hat, gegenüber der actio mandati contraria[i]), die Verbindlichkeit mehrerer Depositarien derselben Sache[k]), und die Forderungen mehrerer Deponenten, wenn sie nicht als Miteigenthümer deponirt haben[l]), die Verbindlichkeit mehrerer Commodatarien oder Conductoren derselben Sache[m]), überhaupt wenn jemand sich zu dem verpflichtet, was ein Anderer zu leisten hat, ohne daß er doch in dieselbe Obligatio eintritt (vgl. §. 234)[n]). Wo mehrere zu einem untheilbaren Gegenstand verpflichtet sind, sind sie es nothwendig solidarisch[o]). Auch die gesetz-

d) L. 14 §. 15 D. quod. metus c. (4, 2), L. 55 §. 1 D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 C. de cond. furt. (4, 8). Eben so die Verbindlichkeit mehrerer Bewohner eines Hauses, aus dem geworfen oder gegossen worden ist, L. 1 §. 10, L. 2. 3 D. de his qui effud. (9, 3).

e) L. 38 D. de adm. tut. (26, 7), L. 2 C. de div. tut. (5, 52).

f) L. 1. 2 C. quo quisque ord. (11, 35).

g) L. 1 §. 25, L. 2. 3 D. de exerc. act. (14, 1), L. 13 §. 2 D. de instit. act. (14, 3).

h) L. 60 §. 2 D. mand. (17, 1).

i) L. 52 §. 3 D. de fideiuss. (46, 1).

k) L. 1 §. 43 D. depos. (16, 3).

l) L. 1 §. 44, L. 17 pr. eod.

m) L. 5 §. 15 D. commod. (13, 6), L. 47 D. loc. (19, 2), vgl. §. 234 Note b.

n) Vgl. L. 116 D. de V. O. (45, 1).

o) L. 2 §. 2 eod., L. 25 §. 10 D. fam. erc. (10, 2). Bey der Obligatio auf ein Thun hört diese nothwendige Solidarität auf, wenn die Aestimation gefordert wird, L. 72 pr. 85 §. 2 D. de V. O. (45, 1), (vgl. jedoch Savigny, Obl.-Recht I. S. 359—365, nach welchem dieses angebliche Aufhören der Solidarität blos auf einer veralteten Meinung des Tubero beruht, die in L. 72 pr. citirt, aber nicht gebilligt werde, Ubbelohde S. 76 f. 87 f., welcher die Auflösung einer unmöglich gewordenen Leistung in eine Geldobligation voraussetzt, die sich unter die Erben pro rata vertheilt. R.), und eben so ist es bey der Berechtigung mehrerer zu einer untheilbaren Leistung, L. 2 §. 2, L. 54 §. 1 eod., L. 25 §. 9 D. fam. erc. (vgl. jedoch §. 222 b. Die richtige Ansicht (Theilung des Interesses auf der Forderungsseite, Solidarität auf der Schuldseite) ist fest gehalten von Windscheid §. 299, Anm. 6. Savigny §. 34 nimmt Solidarität, die Meisten nehmen Ratentheilung auf beiden Seiten an. Ubbelohde S. 281—284 und Arndts §. 216 Anm. 2 unter-

liche solidarische Haftung mehrerer argentarii socii gehört hierher [p]).

Die Solidarität der Berechtigungen und Verpflichtungen kann außer der Begründung in der Identität des Gegenstands noch das Moment in sich schließen, daß sie den Inhalt einer und derselben Obligatio bilden, so daß die mehreren Gläubiger oder Schuldner zu demselben ganzen Gegenstand plures rei eiusdem obligationis sind [q]). Eine solche Obligatio nennt man Correalobligation (Activc. bey mehreren rei credendi, Passivc. bey mehreren rei debendi). Zu der Identität des Gegenstands und ihren Folgen (die sie mit den übrigen solidarischen Obligationen gemein hat) tritt hier noch die Einheit der Obligatio, welche noch besondere, mithin der Correalobligation eigenthümliche Folgen hat.

b. Correalobligation [a]).

§. 234.

Zur Constituirung einer eigentlichen Correalobligation ist es nicht hinreichend, daß derselbe Gegenstand solidarisch mehreren oder von mehreren geschuldet werde, sondern es muß auch Eine Obligatio seyn, mit dieser Mehrheit von Subjecten auf einer oder auch auf beiden Seiten, und dieß setzt voraus, 1) daß die Solidarität nicht blos als nothwendige Folge der Identität des Gegenstands, sondern (allein oder zugleich) in dem constituirenden Willen der Parteien ihren Grund habe [b]); als Ausdruck der solidarischen Verpflichtung oder Berechti-

---

scheiden positive und negative Leistungen, bey ersteren soll Theilung, bey letzteren Solidaritat eintreten. Vgl. dagegen Windscheid a. a. O. Anm. 7. R.)

p) L. 34 D. de recept. (4, 8), L. 27 pr. D. de pact. (§. 235 Note g), vgl. Rhetor. ad Herenn. II. 13. (Savigny, Obl.-Recht I. S. 148—153. 172—176. R.)

q) L. 116 D. de V. O. (45, 1), L. 3 §. 1 D. de duobus reis (45, 2).

a) Dig. XLV. 2: de duobus reis constituendis. Inst. III. 16. Cod. VIII. 40: de duob. reis stipulandi et promittendi.

b) Dieß wird auch vorausgesetzt in L. 9 pr. D. h. t. (45, 2): Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi; fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento, utputa si pluribus heredibus institutis testator dixit, Titius et (l. aut.) Mevius Sempronio decem dato. L. 31 §. 10 D. de aed. ed. (21, 1). L. 13 §. 9 D. loc. (19, 2): Duo rei locationis in solidum esse possunt. Am entschiedensten freilich ist eine eigentliche Correalobligation vorhanden, wo die Solidarität rein auf dem Willen beruht, wie z. B. bey dem gemeinsamen Versprechen einer Summe, L. 11 pr. 1. 2 D. h. t., L. 5 C. si certum pet. (4, 2): Si non singuli accepta mutua quantitate vel sti-

gung gelten außer dieser technischen Bezeichnung auch die Formeln: sammt und sonders, Einer für Alle, Alle für Einen, ferner die alternative Bezeichnung ille aut ille[c]); 2) Berechtigung und Verpflichtung zu derselben Obligatio, die also nicht einen für die beiden Subjecte verschiedenen Inhalt haben darf[d]), während allerdings Einer pure, der Andere in diem oder sub conditione berechtigt oder verpflichtet werden kann[e]), wie denn überhaupt die Berechtigung oder Verpflichtung des Einen ungültig seyn kann, ohne daß es darum, eben weil jeder so vollkommen Subject der Obligatio wird, wie wenn er es allein wäre, auch die des Anderen seyn muß[f]).

§. 235.

Der leitende Grundsatz bey der Correalobligation ist: es besteht Eine Obligatio mit mehreren Gläubigern oder Schuldnern, von denen jeder dieses vollkommen ist. Jeder Correal-Gläubiger oder Schuldner kann die Obligatio aufheben oder modificiren, wie wenn er der einzige wäre, er handelt bey dem, was er mit dem Bestand der Obligatio selbst vornimmt, in solidum. Nicht blos Zahlung, sondern auch Acceptilation, Vergleich, Novation[g]), res iudicata[h]), heben die Obli-

---

pulanti creditori sponte vos obligastis, licet uni numerata sit pecunia, vel intercessionis nomine hanc pro reo suscepistis obligationem — —. — Auch wenn mehrere zusammen in eine Summe condemnirt werden, entsteht eine solidarische Verpflichtung nur dadurch, daß das Urtheil wirklich darauf gestellt wird, Cod. VII. 55: si plures una sententia condemnati sunt. L. 43 D. de re iud. (42, 1), L. 39 §. 1 D. de iure fisci (49, 14).

c) L. 8 §. 1 D. de leg. I. (Note m), L. 16 D. de leg. II. (31).

d) L. 9 §. 1. 2, L. 15 D. h. t. (45, 2), L. 116 D. de V. O. (45, 1).

e) L. 7 D. h. t. (45, 2). Nur muß die Bedingung nicht eine solche seyn, welche die Einheit der Obligatio ausschließt, L. 116 D. de V. O. (45, 1).

f) L. 8. 12 D. h. t. (45, 2). In dieser Beziehung macht nur die Correität des Bürgen und des Hauptschuldners eine Ausnahme, wegen der accessorischen Natur der Verbindlichkeit des ersten.

g) L. 2. 16 D. h. t. (45, 2), L. 13 §. ult., L. 16 D. accept. (46, 4), L. 28 pr. §. 1. 3, L. 42 §. 1 D. de iureiur. (12, 2), L. 31 §. 1 D. de novat. (46, 2): Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur, et quid iuris unusquisqne sibi adquisierit? Fere autem convenit, et uni recte solvi et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utriusqne obligationem; ex quibus colligitur, usumquemque perinde sibi adqnisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae, si nnns ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit, eo magis, cum eam stipnlationem similem esse solutioni existimemus. alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori



gatio, und mithin auch für die übrigen auf, das Factum eines Correalschuldners perpetuirt sie auch für die anderen[i]), und die Klage verjährt nur für alle und gegen alle, die Unterbrechung der Klagverjährung in Beziehung auf einen wirkt für und gegen die anderen[k]). Eine Endigungsart von Obligationen dagegen, welche blos den Charakter einer Befreiung des Schuldners von der Forderung hat, wirkt auch nur unter den Subjecten, zwischen denen sie eingetreten ist[l]).

---

suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur. (Vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. u. Proceß. N. F. II. 6. 5 S. 153—161 [1847]. Savigny, Obl.-Recht I. S. 166 k, und über den Schlußsatz: Salpius, Novation S. 177. R.) Bey den solidarischen Obligationen außer der Correalobligation hat die Novation diese Wirkung nicht, weil jeder nur seine Obligation novirt, L. 27 pr. D. de pactis (2, 12): Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio. Neratius, Atilicinus, Proculus nec si in rem pactus sit, alteri nocere, tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi crediderint, licet novare non possint; quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est. Auch die nothwendige Novation durch Litiscontestation und Urtheil hatte im älteren Recht diese Wirkung, (wovon noch eine Spur in L. 116 D. de V. O. und L. 8 §. 1 D. de leg. I. — Note m — wo sie durch Interpolation getilgt ist), nach justinianischem Recht soll erst die Befriedigung des Gläubigers in Folge der Klaganstellung die übrigen Correalschuldner befreien, also in dieser Beziehung die Correalobligation wie die übrigen solidarischen behandelt werden, L. 28 C. de fideiuss. (8, 41). Im Fall aber einer activen Solidarität wird allerdings der Schuldner durch Litiscontestation mit einem Gläubiger ausschließlich an diesen gewiesen, und darum von den übrigen frei, L. 57 §. 1 D. de solut. (46, 3), L. 31 §. 1 cit., L. 16 D. h. t. (Vgl. jedoch Savigny, Obl.-R. I. S. 183 Note f, der auch im letzteren Fall die Befreiung leugnet. R.)

h) L. 42 §. 3 D. de iureiur. (12, 2): Item si reus iuravit, fideiussor tutus sit, quia et res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret. Anders bey den gemeinen solidarischen Obligationen, L. 52 §. 3 D. de fideiuss. (46, 1).

i) L. 18 D. h. t. (45, 2): Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet. Nicht die mora des einen schadet dem anderen, L. 32 §. 4 D. de usur. (22, 1), L. 173 §. 2 D. de R. I. (50, 17). — Ein besonderes Recht gilt für die Bürgschaft.

k) L. 5 C. h. t. (8, 40). Bey der Bürgschaft tritt eine Modification ein, die Verjährung der Klage gegen den Bürgen ist von der gegen den Hauptschuldner unabhangig, §. 405.

l) Capitis deminutio, L. 19 D. h. t. (45, 2): Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur. multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur. cum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus, et ideo si aqua et igni interdictum est alicui, fideiussor postea ab eo datus tenetur. Confusion, L. 71 pr. D. de fideiuss. (46, 1). Einrede der Compensation, L. 10

Der Gläubiger kann, statt einen Schuldner in solidum zu belangen, die Obligatio theilen[m]). Aber eine solche Theilung unter die Solventen und der Klage Zugänglichen kann auch wider den Willen des Gläubigers herbeygeführt werden durch das auxilium divisionis, welches durch eine epistola D. Hadriani mehreren Fidejussoren gegeben[n]), allmälig aber auf alle solidarisch Verpflichteten ausgedehnt worden ist, mit Ausnahme der aus einem Delict Verpflichteten, so wie der auf testamentarischer Anordnung beruhenden Correalobligation[o]).

Die Correalobligation ist an sich kein Grund einer Gemeinschaft unter den Correi; ein Anspruch gegen den das Ganze empfangenden Correalgläubiger, ein Regreß des das Ganze zahlenden Correalschuldners gegen die übrigen kann daher nicht schon durch die Existenz einer Correalschuld selbst, sondern nur durch besondere obligatorische Verhältnisse unter ihnen begründet werden, und dasselbe gilt von anderen solidarisch Verpflichteten[p]). Doch kann der das Ganze Zah-

D. h. t. (vgl. jedoch Huschke a. a. O. S. 161. R.) Pactum de non petendo, L. 27 pr. D. de pactis (Note g), L. 3 §. 3 D. de lib. leg. (34, 3). Besonderes Recht der Bürgschaft.

m) L. 3 §. 1, L. 11 pr. D. h. t. (45, 2). Streitfrage, ob er durch die Klage auf einen Theil sich der solidarischen Haftung des Beklagten begiebt? L. 51 §. 4 D. de fidei. (46, 1), L. 16 C. eod. (8, 41), L. 8 §. 1 D. de leg. I. (30): Si ita scriptum sit: Lucius Titius heres meus aut Mevius heres meus decem Seio dato, cum utro velit, Seius aget, ut si cum uno actum sit, et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo, si ab altero partem petierit? liberum cui erit, ab alterutro reliquum petere. Idem erit et si alter partem solvisset.

n) Gai. III. 121, L. 26 D. de fidei. (46, 1), §. 4 I. eod. (3, 20).

o) L. 1 §. 11. 12. 14 D. de tut. act. (27, 3), L. 47 D. loc. (19, 2), Nov. 99. In dieser Novelle hat Justinian das Verfahren vorgeschrieben, welches, um dem Gläubiger ungeachtet der Theilung doch sofort zu vollständiger Befriedigung zu verhelfen, beobachtet werden soll. Abweichende Meinungen: 1. die Novelle enthalte, statt eine Stufe der Entwickelung des hadrianischen Auxiliums zu seyn, ein ganz neues, 2. sie betreffe gar nicht die Correalobligatio, (3. sie betreffe die Correalschuld mit wechselseitiger Verbürgung: L. 11 pr. D. de duob. reis 45, 2. R.), v. Schröter, Zeitschr. f. Civilr. und Civilpr. VII. S. 435 ff. (1834), Burchardi, Archiv für civ. Pr. XIX. 3 (1836), Heimbach, Zeitschr. für Civilr. XVI. S. 65 ff. (1841), (Savigny, Obl.-R. I. §. 25 a, §. 26 S. 258. 279 ff. [1851], welcher die dritte Meinung, die schon Iulian. epit. nov. const. 82, cap. 348 hatte, zu begründen sucht. Die gemeine Meinung ist auf das Gründlichste vertheidigt von Wieding, Novella Iustiniani XCIX. Berol. 1857. p. 82 f. Vgl. krit. Vierteljahrsschrift I. S. 285—290. R.)

p) L. 62 pr. D. ad L. Falc. (35, 2), L. 2 C. h. t. (8, 40), L. 30 D. de neg. gest. (3, 5), L. 1 §. 13 D. de tut. act. (27, 3), L. 4 D. de his qui effud. (9, 3). (Bestritten: Glück VI. S. 528 Note 92, zuletzt von W. Sell, Zeitschr. für Civilr.

lende (nur mit Ausnahme der auf den Grund einer unerlaubten Handlung Verpflichteten) die Cession der Klage des Gläubigers verlangen, um mit ihr seinen Regreß pro rata gegen seine Mitschuldner zu nehmen[q]).

3. Unbestimmtheit der Subjecte.

§. 235 a.

Ein Forderungsrecht kann in der Art begründet werden, daß der Gläubiger ursprünglich unbestimmt gelassen, mit dem Eintritt eines gewissen Ereignisses aber endgültig bestimmt wird. Dieß geschieht unter andern in der Auslobung (§. 259) und dem Vermächtniß an eine ungewisse Person.

Forderung und Schuld können aber auch an ein gewisses Verhältniß zu einer Sache so geknüpft sein, daß sie mit demselben entstehen und aufhören. Dahin gehören auf der Schuldseite die Noralklagen, die actio metus, die Grundlasten des Emphyteuta und Superficiars, die Grundsteuern und die Reallasten des mittelalterlichen Rechts: auf der Forderungsseite die Obligationen au porteur und die Ordrepapiere des neuern Rechts, vor allem der Wechsel. Ob die Forderung durch Cession oder Singularsuccession durch die wechselnden Gläubiger hindurchgeht, oder ob sie durch das Verhältniß zur Sache oder die Präsentation für jeden Inhaber von Neuem entsteht, oder endlich ob sie unpersönlich in der Sache ruht, folglich durch Dereliction derselben nicht aufhört, durch Rückkehr zum Schuldner nicht confundirt wird, sind germanistische Controversen, welchen noch eine lange Dauer beschieden scheint[a]).

---

und Proceß III. 21, IV. 2 [1830. 1831], Versuche I. S. 116 [1833]. Vgl. dagegen v. Schröter, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VI. 12 [1833], Habicht, rechtliche Erört. und Entscheidungen gemeinrechtlicher Controv. [1843] I. N.)

q) L. 47 D. loc. (19, 2), L. 39 D. de fidei. (46, 1), L. 11 C. eod. (8, 41), L. 1 §. 14 D. de tut. act. (27, 3).

a) Eine Uebersicht über die reichhaltige Literatur der Inhaberpapiere giebt Thöl, Handelsrecht I. §. 54 a Note 1, dazu Kuntze, Zeitschrift für Handelsrecht V. S. 198 f., VI. S. 1 f., Rößler, das. V. S. 327 f. Hervorzuheben sind Savigny, Obl. I. §. 15, und besonders Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur 1857.

C. Schutz der Obligatio.

1. Verschiedenheit der Klagen.

§. 236.

Den gerichtlichen Schutz der Obligatio durch Klage giebt das römische Recht in den mannigfaltigsten Formen, die in der Lehre von den Klagen angedeutet worden sind (§. 82—85). Diese Mannigfaltigkeit, welche auf den Inhalt der Obligationen selbst einen mehr oder weniger bedeutenden Einfluß hatte, ist zum großen Theil schon im justinianischen Recht zu einer bloßen Nomenclatur geworden, manche von den Verschiedenheiten, die dieses Recht noch beybehalten hat, sind im heutigen verschwunden. Dieß gilt namentlich von der Classification der bonae fidei und stricti iudicii actiones, welche einen wichtigen Unterschied der Obligationen selbst in sich schloß. Dieser Unterschied beruht auf folgendem Grund. Es ist denkbar, daß die Personen, welche in ein obligatorisches Verhältniß zu einander treten, den Gehalt desselben so genau, als der Gegenstand es zuläßt, feststellen und begränzen, um eine Einfachheit des Verhältnisses zu erreichen, welche künftige Ueberschreitungen von Seiten des Gläubigers, Ausreden und Weiterungen von Seiten des Schuldners ausschließe. Sie können aber auch umgekehrt es für sachgemäßer halten, an die Stelle eines solchen Versuchs der Begränzung eine Berufung auf die Gebote der materiellen Gerechtigkeit und gegenseitigen Billigkeit zu setzen, sie treten in eine Obligatio de eo, quod alterum alteri ex fide bona, ex aequo et bono praestare oportet oportebit[a]). Dieser Charakter nun ist gewissen Obligationen durch das Recht beygelegt, ohne daß es einer Erklärung der Parteien darüber bedarf, und bey ihnen sind die Folgen dieses ihres Charakters durch die juristische Theorie sorgfältig ausgebildet; außerdem können Stipulationen durch einen von den Parteien gewählten Zusatz (ex bona fide etc.) diese Natur annehmen[b]). Auf der anderen Seite ist den Parteien die Möglichkeit

a) L. 2 §. 3, L. 5 pr. D. de O. et A. (44, 7). Folgen: tantundem in b. f. iudiciis officium iudicis valet, quam in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio, L. 7 D. de neg. gest. (3,5); ea, quae sunt moris et consuetudinis, in b. f. iudiciis debent venire, L. 31 §. 20 D. de aed. ed. (21, 1); omnia, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in actionem, L. 1 §. 1 D. de A. E. V. (19,1) u. s. f.

b) Vgl. Savigny, System V. Beil. XIII. 17. (Ein neuerer Versuch über die stricti iuris negotia ist: Heimbach, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. VI. 3 [1848], 5 [1849]. R.)

offen gelassen, jenen ersten Weg der genauen Begränzung der Ansprüche und Vereinfachung des künftig richterlichen Amtes einzuschlagen, selbst bey bonae fidei obligationes, durch Verwandlung der Forderungen mittelst Stipulation. — Dieser Unterschied der Obligationen wird heutzutage bey den aus dem römischen Recht stammenden obligatorischen Rechtsverhältnissen nicht mehr beobachtet. Wenn bey einzelnen derselben noch Verschiedenheiten vorkommen, die im römischen Recht mit jedem Unterschied (und eben so ist es in Beziehung auf andere antiquirte Unterschiede) in Zusammenhang stehen, so ist deshalb nicht eine Fortdauer desselben anzunehmen. Sie sind nicht wegen, sondern ungeachtet dieses Zusammenhangs beybehalten, aus davon unabhängigen Gründen[c]).

2. Klaglose Obligationen *).

§. 237.

Die römischen Juristen führen die Obligationen zum Theil auf das ius civile und seine Principien (civilis aequitas), zum Theil auf das allgemeinere Element des römischen Rechts (ius gentium, naturalis aequitas) zurück, jene heißen civiles, diese naturales obligationes[a]). Mit jenen ist stets der vollkommene Schutz durch Klage verbunden, was natürlich nicht ausschließt, daß diese Klage durch eine

c) Es ist wie z. B. bey der Ausschließung von Verzugszinsen aus einem Schenkungsversprechen; Modestin, L. 22 D. de don. (39, 5) führt als einen Grund an, daß die Schenkung nicht zu den b. f. negotia gehöre; für uns ist dieser Grund nicht entscheidend, aber er ist auch nicht der einzige, auf dem jener Grundsatz beruht. Ein anderes Beispiel giebt die stricte Interpretation der Bedingung einer Conventionalstrafe (s. u. a. §. 362 Note f). — Eine vollkommenere Anwendung der noch im justinianischen Recht vorkommenden Unterschiede zwischen stricti iuris und b. f. obligationes will Roßhirt, Zeitschr. für Civil- und Crim.-Recht I. S. 71 ff. (1831), v. Schröter, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. VII. S. 391 (1834).

*) (Savigny, Obl.-Recht I. §. 5—14 S. 22—123 [1851]. Holtius, Abhandl. [1845], übersetzt von Sutro [1852] Nr. 1, Brinz, krit. Bl. III. 12—60. [1853], Bekker, im Jahrb. des gem. deutschen Rechts IV. S. 386 ff. [1860], Schwanert, die Natural-Obligationen des röm. Rechts. 1861, Rec. von Scheurl in der krit. Vierteljahrsschrift VI. 489 f., v. Scheurl, die römischen Naturalobligationen: Jahrb. für Dogm. VII. [1865] Nr. 6. R.)

a) L. 84 §. 1 D. de R. I. (50, 17): Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. Eine andere, wohl nur beiläufig herbeigezogene Erklärung enthält L. 64 D. de cond. indeb. (12, 6): Id, quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei se aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. ut enim libertas naturali iure continetur, et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.

entgegenstehende Einrede unwirksam gemacht werden kann[b]), mit den letzteren nur als (allerdings keineswegs seltene) Ausnahme, indem sie entweder von dem Jus civile recipirt und so mit einer civilis actio versehen, oder von dem Prätor klagbar (durch eine honoraria actio) gemacht worden sind; außerdem sind die naturales obligationes klaglos[c]), und dieser Fall pflegt vorzugsweise mit diesen Worten bezeichnet zu werden[d]).

Die praktische Bedeutung des Gegensatzes von civiles (klagbaren) und naturales obligationes (klaglosen) ist folgende. Der Wirksam-

---

b) Darauf bezieht sich die unnütze Eintheilung der civiles obligationes in efficaces und inefficaces.

c) L. 16 §. 3. 4 D. de fideiuss. (46, 1): Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. Die klagbare Obligatio ist die vollkommene, die denn auch häufig ausschließlich unter dem Wort obligatio verstanden wird, L. 7 §. 4 D. de pact. (2, 14): Sed cum nulla subest causa, propter conventionem constat hic non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. L. 45 eod., L. 6 D. de O. et A. (44, 7), L. 137 §. 4 D. de V. O. (45, 1), L. 10. 108 D. de V. S. (50, 16).

d) Früher herrschende Irrthümer: 1) Naturales obligationes seyen die auf natürlicher Billigkeit beruhenden an sich blos moralischen Verbindlichkeiten, denen das Recht zwar eine Wirkung (n. o. efficaces im Gegensatz zu den inefficaces, bloßen Liebespflichten), aber doch nur eine beschränkte gegeben habe, s. z. B. Westenberg, Diss. I. de causis obligationum (1704); zu dieser älteren Theorie hat man sich in neuester Zeit wieder verirrt, indem man von der Wirkung der soluti retentio ausging, die in der That über die eigentliche naturalis obl. hinausreicht (Note e), s. C. Christiansen, Lehre von der nat. obl. und der cond. indeb. 1844. 2) Nat. obl. seyen die auf dem Naturrecht (in dem modernen Sinn) beruhenden, und entweder efficaces restrictae oder reprobatae, je nachdem ihnen das positive Recht volle, oder beschränkte, oder gar keine Wirkung zuerkenne, so A. D. Weber, syst. Entwickelung der L. von d. natürl. Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung 1784—87 und öfter. (Die neuesten Schriftsteller — Uebersicht bei Schwanert S. 7—68 — gehen entweder von der Grundlage aus, die auf der „natürlichen Rechtsordnung“ beruhen und gleichwohl im ius civile nur unvollkommen anerkannt sein soll, oder von der Unvollkommenheit der Obligation, die gleichwohl als das Natürliche bezeichnet wurde. Beiden Inconvenienzen suchen Windscheid §. 287, 5 und v. Scheurl durch die unbestimmte Erklärung der „natürlichen Auffassung“ zu entgehen, die der „Natur der Sache oder der Dinge“ entsprechen, aber gleichwohl von der juristischen corrigirt, oder nur theilweise anerkannt sein soll. Es leuchtet nicht ein, daß die Schwierigkeit hiedurch gehoben wäre. Ansprechender ist v. Scheurl's Bemerkung Jahrb. für Dogm. VII. S. 352. 353, daß für die römische naturalis obligatio im heutigen Recht kein Platz mehr sei, da das römische Klagensystem rein positiver und publicistischer Natur ist. R.)

keit mancher Obligationen stehen Gründe entgegen (s. nachher), die aber doch nicht so weit reichen, daß sie eine völlige Unwirksamkeit derselben rechtfertigen; es wird ihnen Genüge gethan, indem das Recht dem Gläubiger die vornehmste und wirksamste Geltendmachung der Forderung, die Klage, entzieht. Die Wirkung einer solchen klaglosen Obligatio besteht 1) in der Möglichkeit, der Grund für ein anderes Rechtsverhältniß zu werden, welches die Existenz einer Obligatio voraussetzt: Pfandrecht, Constitutum, Bürgschaft, Novation; 2) in der Geltendmachung durch Exceptio, namentlich Compensation; 3) in der Geltendmachung der Forderung als einer ehemaligen durch Aufrechthaltung einer geschehenen Zahlung, soluti retentio (§. 309)[e].

Die einzelnen Fälle der naturalis obligatio zerfallen in zwey Classen, je nachdem sie in der unvollkommenen Entstehung oder in der unvollkommenen Aufhebung (wobey naturalis obligatio manet) einer Obligatio ihren Grund hat. In Beziehung auf die erste Classe kann der Grund liegen in der Formlosigkeit des Geschäfts, sofern diese nicht die Entstehung einer Obligatio überhaupt hindert[f]), in einem Gewaltverhältniß, durch welches die Subjecte verbunden sind (s. §. 438), in der Persönlichkeit des Schuldners, wohin die Obligatio des Filiusfamilias aus dem Gelddarlehen gehört (§. 306). Sehr viele stellen dazu auch die Obligatio des Pupillen aus einem ohne auctoritas tu-

---

e) L. 19 pr. D. de cond. indeb. (12, 6): Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest. L. 64 eod. (Note a). Diese Folge aber ist nicht die charakteristische, auch eine blos moralische Pflicht kann diese Wirkung haben, wenn die Zurückforderung contra bonos mores wäre. Man kann auch dafür den Namen naturalis obligatio gebrauchen, aber dieß ist dann ein anderer Begriff als der, von dem hier die Rede ist. So s. L. 32 §. 2 eod., L. 26 §. 12 eod., L. 11 C. de neg. gest. (2, 19). (Vgl. gegen diese Auffassung Savigny, Obl.-R. I. §. 12 Note a. d. S. 101—103 [1857], der auch in diesen Fällen eine wahre naturalis obligatio annimmt, die freilich nur in einer vereinzelten Wirkung zur Erscheinung kommt. Brinz, krit. Bl. III. S. 48—50 und Schwanert S. 222—225 brauchen die Formel: die n. o. sey zahlbar (erfüllbar), Schwanert S. 225—230 sie enthalte nur Pflichten ohne entsprechende Rechte, Scheurl, Jahrb. S. 328 und Vierteljahrsschr. S. 516 f. findet sie „anerkennbar“. Ueber die Unzulänglichkeit aller dieser Formulirungen s. Windscheid §. 287, 6 §. 288, 5. R.)

f) Dieser Fall der naturalis obl. (die Entstehung durch bloßes Pactum) ist aus dem heutigen Recht verschwunden, s. §. 250. (Manche haben die naturalis obligatio besonders wegen L. 1 §. 2 D. de V. O. (45, 1) geleugnet; s. dagegen L. 5 §. 2 D. de solut. (46, 3), die nicht mit Holtius, Abhandl. civilist. und handelsrechtl. Inhalts, übers. von Sutro 1852 No. 1, durch Unterscheidung zwischen naturalis obligatio und naturaliter debere beseitigt werden kann. Vgl. Savigny, Obl.-Recht I. S. 38. 53 f. R.)

toris geschlossenen Geschäft[g]), aber die naturalis obligatio, die in diesem Fall erwähnt wird, hat einen ganz anderen Sinn[h]). Die

g) Ob und wie eine naturalis obligatio des Pupillen bestehe, ist seit dem Mittelalter höchst bestritten. Unter den neueren vgl. für die Existenz dieser nat. obl. (mit bedeutenden Abweichungen von einander) z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 330, Roßhirt, Zeitschr. für Civil- und Crim.-R. I. S. 130 ff. (1832), Rudorff, Vormundschaft II. §. 122 (1833), Brandis, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VII. S. 151 ff. (1834), v. Vangerow, Leitfaden I. §. 270 (1839), Unterholzner, Schuldverhältn. I. §. 78 (1840). (Savigny, Obl.-R. I. §. 10 S. 61—77 [1851] mit specieller Widerlegung der in der folgenden Note vorgetragenen Ansicht. R.)

h) Die Obligatio des Pupillen aus einem solchen Geschäft wird im allgemeinen schlechthin geleugnet, L. 1 C. de inut. stip. (8, 39), L. 9 D. de instit. act. (14, 3), §. 3 I. qu. mod. obl. toll. (3, 29). Der Pupill wird durch den Empfang eines Darlehns nicht einmal iure naturali obligirt, L. 59 D. de O. et A. (44, 7), eben so wenig durch Stipulation, L. 41 D. de cond. indeb. (12, 6): Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet. Anders gestaltet sich die Sache, so weit er bereichert ist (vgl. §. 50 Note e), L. 13 §. 1 eod.: Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit. L. 14 eod.: Nam hoc natura aequum est, neminem cum detrimento alterius locupletiorem fieri. Diese Obligatio aus der Bereicherung, für die mehrfach ein Rescript des Pius angeführt ist, ist eine klagbare, L. 3 §. 4 D. de neg. gest. (3, 5): Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior, agendo autem compensationem eius quod gessit patitur. L. 6 pr. 34. 37 pr. eod., L. 3 pr. D. commod. (13, 6), L. 10 D. de inst. act. (14, 3), L. 8 §. 15 D. ad S. C. Vellei. (16, 1), L. 1 §. 15 D. depos. (16, 3), L. 1 pr. D. de auct. tut. (26, 8), L. 4 §. 4 D. de doli exc. (44. 4): — si mutuam acceperit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit —. L. 66 D. de solut. (46, 3). Diese klagbare Obligatio wird in mehreren Stellen ihrem Grund nach auf die naturalis aequitas zurückgeführt, und kann daher als naturalis in diesem Sinn bezeichnet werden, L. 5 pr. D. de auct. tut. (26, 8): — naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est, nam in pupillum non tantum tutori, sed cuivis actionem in quantum locupletior factus est, dandam D. Pius rescripsit. Eine andere, von der Bereicherung unabhängige naturalis obligatio des Pupillen, die dieses in dem eigentlichen Sinn (der Wirkung nach) wäre, giebt es nicht (denn es ist auch der naturalis ratio angemessen, daß aus Geschäften der Unmündigen ohne Genehmigung des Vormunds keine Obligatio entstehe, Gai. I. 189); von jener sind auch die anderen Stellen zu verstehen, die einer nat. obl. des Pupillen gedenken; L. 42 pr. D. de iureiur. (12, 2), L. 19 §. 4 D. de donat. (39, 5), L. 127 D. de V. O. (45, 1), L. 35 D. de fidei. (46, 1), L. 1 §. 1 D. de novat. (46, 2), L. 95 §. 4 D. de solut. (46, 3). Bey diesen Stellen ist zu bemerken, daß durch eine tutore auctore geschehene Novation das Erforderniß der Bereicherung constatirt, also der künftige Einwand, sie sey nicht eingetreten, ausgeschlossen wird. Ferner der Bürge für den Pupillen kann mit diesem Einwand nicht gehört werden, in seiner Uebernahme der Schuld liegt das Uebereinkommen, daß das Erforderniß existire. Die Untersuchung des Erfordernisses fällt aber auch ferner weg, wenn die Zahlung dem Pupillen als Bedingung eines Legats gestellt ist, L. 21 pr. D. ad L. Falc. (35, 2), L. 44 D. de solut.

zweite Classe (naturalis obligatio durch unvollkommene Aufhebung einer civilis obligatio) wird durch folgende Fälle gebildet: Klagverjährung (§. 92), Competenz (§. 244)[i].

III. Ausübung der Obligatio.

§. 238.

Die volle Ausübung der Forderung besteht in dem wirksamen Beitreiben des Geschuldeten durch den Gläubiger, und in der wirklichen Erfüllung der Verbindlichkeit von Seiten des Schuldners. Die Obligatio ist daher ein vorübergehendes Recht, das durch seine volle Ausübung untergeht. Deshalb ist auch kein Besitz an Obligationen denkbar (§. 137). Die Mittel jener Realisirung für den Gläubiger enthält das Klage- und Exceptionsrecht, welches zu dem Inhalt der Obligatio gehört, nebst den accessorischen Rechten, die zur Sicherung der

(46, 3), und bey der Beurtheilung der Confusion (wenn der Gläubiger Erbe des Pupillen wird) als Zahlung, L. 95 §. 2 eod. Wegen L. 64 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1) haben Manche angenommen, die Erben stünden anders als die ursprünglichen Subjecte, aber es ist da nur von dem Verhältniß des Erben (des Pupillen oder des Gläubigers) zu einem Universalfideicommissar die Rede. Endlich ist noch übrig L. 25 §. 1 D. quando dies leg. (36, 2): Heres meus Titio dato, quod mihi Seius debet. Si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset nec locupletior factus esset, et petitor ad praesens debitum verba retulit, quia nihil eius debet, nullius momenti legatum erit. Quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus ac si dixisset, Titio dato, quod pupillus solverit, vel si legasset, quod ex Arethusa natum erit, vel fructus, qui in illo fundo nascentur —. Der erste Theil der Stelle beweist entschieden die Nichtexistenz einer Obligatio ohne Bereicherung, und damit zugleich, daß im zweiten (was sich aber auch aus diesem selbst und der darin gebrauchten Analogie ergiebt) naturalis obl. die rein factische (nicht juristische, auch nicht einmal allgemein rechtliche) Obligirung bedeutet. Der Testator vermacht, was der ehemalige Pupill so honett seyn wird zu bezahlen, ungeachtet er weder iure civili noch naturali es zu thun schuldig ist, und der Jurist nennt dieß eine naturalis obligatio, um zu zeigen, daß der Ausdruck debet im Testament diese Interpretation zulasse, so gut als wenn er von einer solutio gesprochen hätte, die ja auch eigentlich gesprochen ohne eine wirkliche Obligatio nicht möglich ist, so daß genau genommen indebiti solutio einen Widerspruch enthält. (Vgl. hiergegen Puchta, Vorlesungen 4. Ausg. [1858] II. S. 46 Note 5, Keller in Bekker's und Muther's Jahrb. IV. [1860] No. XII. R.)

i) Noch kann dahin gerechnet werden, obwohl nur sehr beschränkt, die naturalis obligatio nach res iudicata (§. 293), und der Fall der L. 59 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1). Unanwendbare Fälle enthalten L. 3 §. 7 D. quod quisque iur. (2, 2), L. 30 §. 1 D. ad L. Aquil. (9, 2): — quod litem tempore amisit —. L. 2 §. 2. 3. L. 8 D. de cap. min. (4, 5). — Vgl. Pfordten, de obligationis civilis in naturalem transitu. 1843.

Forderung mit ihr verknüpft sind. Hier ist von der materiellen Beschaffenheit der Realisirung und von ihrer möglichen Behinderung durch Insolvenz des Schuldners zu handeln.

A. Erfüllung.

1. Gegenstand.

§. 239.

Der Gegenstand der Erfüllung ist durch den Gegenstand der Forderung gegeben, dem Schuldner steht weder eine Theilung[a]), noch eine Veränderung desselben zu, aliud pro alio invito creditori solvi non potest[b]). Eben so wenig kann natürlich der Gläubiger etwas anderes fordern, als den Gegenstand der Obligatio, wohl aber einen Theil. Durch die Verurtheilung des Schuldners in das volle Interesse wird der Gegenstand, der Natur der Obligatio gemäß (§. 219. 224), nicht verändert. Wann aber diese Verurtheilung in den Geldwerth, außer den Fällen, wo dieser direct Gegenstand der Forderung ist (sey es von Anfang oder durch nachherige Verwandlung)[c]) erfolgt, ist eine processualische Frage. Nach dem älteren Recht condemnirte die Sentenz des Richters, welches auch der directe Gegenstand der Obligatio seyn mochte, immer in eine Geldsumme, nach justinianischem Recht geschieht dieß, so lange die eigentliche Leistung noch factisch möglich ist, nur bey den Obligationen auf ein Thun[d]), nach heutigem Recht ist auch diese Ausnahme weggefallen; die Substitution des Geldwerths geschieht erst in der Executionsinstanz, wenn die statthaften Zwangsmittel

---

a) L. 41 §. 1 D. de usur. (22, 1), L. 13 §. 8 D. de A. E. V. (19, 1). Anders, wenn er die Forderung zum Theil bestreitet, L. 21 D. de reb. cred. (12, 1). Ueberhaupt ist die Möglichkeit einer theilweisen Tilgung der Schuld dadurch nicht ausgeschlossen, L. 9 §. 1 D. de solut. (46, 3), §. 1 I. quib. mod. obl. toll. (3, 29). (Die entgegengesetzte Regel, nur vorbehältlich der Zinsen und Pfandrechte, stellt Savigny auf: Obl. I. S. 322, indem er mit gutem Grund von den willkürlichen Einschränkungen der L. 21 cit. absieht. Allg. deutsche Wechselordnung Art. 38: „der Inhaber eines Wechsels darf eine ihm angebotene Theilzahlung selbst dann nicht zurückweisen, wenn die Annahme auf den ganzen Betrag der verschriebenen Summe erfolgt ist.“ R.)

b) L. 2 §. 1 in f. D. de reb. cred. (12, 1), L. 16 C. de solut. (8, 43). S. auch L. 11 §. 25 D. de leg. III. (32): Si quis opus facere iussus paratus sit pecuniam dare reipublicae, ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur, et ita D. Marcus rescripsit.

c) S. z. B. L. 8 pr. D. de cond. furt. (13, 1).

d) L. 13 §. 1 D. de re iud. (42, 1): — — in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. I. §. 29—31.

(Strafen, wodurch der Ungehorsam des Verurtheilten gebrochen werden soll) erfolglos geblieben sind oder der Gläubiger auf sie verzichtet.

Modificationen[a]).

§. 240.

Wenn der eigentliche Gegenstand der Forderung ohne zu prästirende Schuld des Schuldners nicht geleistet werden kann, so tritt, wo diese Unmöglichkeit nicht seine völlige Befreiung zur Folge hat, der gemeine Werth nach Ort und Zeit der Leistung an seine Stelle. So bey der Verpflichtung zur Lieferung einer fremden Sache, die der Eigenthümer nicht veräußern will[b]), bey der Verpflichtung zur Leistung einer Sache, die eben so einem Anderen geschuldet wird[c]). Bey einer Geldschuld kann der Schuldner, welcher kein Geld sich zu verschaffen vermag, den auf Zahlung dringenden Gläubiger nöthigen, andere Sachen, jedoch seine besten, als nach Wahl des Gläubigers, nach gerichtlicher Taxe und gegen Caution wegen Eviction an Zahlungsstatt anzunehmen; dieß neunt man das beneficium dationis in solutum[d]). Im Fall der Eviction hat der Gläubiger die Wahl, ob er mit den Ansprüchen eines Käufers auftreten[e]), oder die Schuld als nicht getilgt behandeln will[f]). Ein besonderes Vorrecht haben in Beziehung auf

a) Es ist hier unmittelbar nur von Modificationen der Realisirung, nicht von solchen die Rede, welche die Forderungen selbst treffen. Von diesen letzteren Veränderungen wird bey der Entstehung und Aufhebung der Obligatio gehandelt werden, oder auch bey den einzelnen Obligationen, auf die sie sich, ausschließlich oder vorzugsweise, beziehen.

b) L. 71 §. 3 D. de leg. I. (30).

c) Wenn mehreren dieselbe Sache in solidum vermacht ist, so hat der, welcher zuerst die Klage anstellt und litem contestirt, die Wahl zwischen der Sache und der Aestimation, der Andere erhält das von jenem nicht Gewählte, L. 33 eod. (Bestritten ist die Ausdehnung dieser letztwilligen Conversionen Note b und c auf Geschäfte unter Lebenden. Dafür: Mommsen, Beitr. II. §. 11 Note 14 S. 100 f. Dagegen: Windscheid, Hdlb. krit. Zeitschr. II. S. 330 f. Vgl. Pand. §. 264, 3. Es handelt sich jedenfalls nur um die facultas alternativa, nicht um die Interesseforderung, also nur um ein Recht, nicht um die Pflicht des Schuldners. R.)

d) Nov. 4 c. 3. Marezoll, Magazin für Rechtswiss. VI. 11, 1. (Heimbach im Rechtslex. I. S. 884 f., Römer, Leistung an Zahlungsstatt (1866) S. 162 bis 177. R.) Eine Anwendung auf die Verschuldungen im dreißigjährigen Krieg enthält J. R. A. 1654 §. 172. (Dadurch ist jedoch Nov. 4 c. 3 nicht durchaus aufgehoben, wie Keller, Pand. §. 264, behauptet. Vgl. Römer S. 155. R.)

e) L. 24 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 4 C. de evict. (8, 45).

f) L. 46 D. de solut. (46, 3). Bestritten, s. Glück, Commentar XX. S. 190 ff.

dieses Beneficium die Kirchen und milden Stiftungen[g]). Sie können, wenn sie ihre Schulden nicht durch Verwerthung beweglicher Sachen abzutragen vermögen 1) ihre unbeweglichen so an Zahlungsstatt geben, daß die Auswahl zu ihrem eigenen Vortheil geschieht und zu dem Taxwerth noch ein Zehntheil geschlagen wird, oder 2) den Gläubigern auch nur den Besitz derselben, um sich aus den Früchten allmälig zu befriedigen, einräumen, wobey denn überdieß die Zinsen auf drey Procent ermäßigt werden. Hieraus ist in der Praxis der Satz gezogen worden, daß überhaupt Kirchen und milde Stiftungen bey starker Verschuldung eine Herabsetzung der Zinsen durch die Staatsregierung verlangen können[h]).

2. Zeit.

§. 241.

Die Forderung kann existiren (dies obligationis cessit), ohne daß die Möglichkeit ihrer Ausübung und Geltendmachung (dies venit)

Einen wirklichen Kauf mit Compensation durch Vertrag behauptet Schliemann, Haftung des Cedenten S. 49 f., ähnlich Bekker, Jahrb. VI. Nr. 8 S. 240, einen Tausch Rubo in Kamptz Jahrb. d. preuß. Gesetzgeb. XXII. S. 14—16. Dagegen mit Recht Windscheid §. 342. 14, Römer §. 24—30. Dieselbe Streitfrage wiederholt sich bey der freiwilligen Annahme an Zahlungsstatt, die jedoch begrifflich nur Tilgung mittels materieller Befriedigung, nicht schon durch die Uebereinkunft, also uneigentliche, nach Justinianischem Recht sogar eigentliche erweiterte Zahlung ist. pr. I. q. m. obl. toll. (3, 29), vgl. mit Gai. 3, 168, Römer S. 2. 17. 63—66. Einige Schwierigkeit macht L. 8 C. de sent. (7, 45), sie schließt jedoch die Wahl nicht ausdrücklich aus: Römer S. 54 f. — Die Hingabe einer Forderung an Erfüllungsstatt ist durch Cession und Delegation (Creditanweisung) möglich. Salpius, Novation §. 18. 76, faßt die letztere unbedingt als Zahlung, nach L. 5. L. 8 §. 3 D. ad S.C. Vell. (16, 1) solvit et qui reum delegat, nur nicht nach heutigem Recht. Allein es entscheidet die Absicht der Parteien, die auch auf Tilgung durch Novation gerichtet seyn kann. Die Gefahr der Insolvenz übernimmt im Zweifel der Delegatar, L. 26 §. 2 D. mand. (17, 1), L. 18 D. de fidei. (46, 1), L. 96 §. 2 D. de solut. (46, 3), vgl. L. 22 §. 2, L. 45 §. 7 D. mand. (17, 1). Vgl. Windscheid §. 353, 2, der die Frage für noch nicht spruchreif hält, und die dort angeführten Schriftsteller. — Eine gegenseitige indirecte Befriedigung durch Befreiung von einer entsprechenden Schuld an Erfüllungsstatt ist die Compensation §. 289. R.)

g) Nov. 120 c. 6 §. 2. Auth. hoc. ius porrectum C. de SS. eccles. (1, 2). (Dies Recht beruht jedoch nur auf dem griechischen Text εἰ δὲ μὴ δυνηθῶσι τούτῳ τῷ τρόπῳ διαλῦσαι τὸ χρέος, nach der Vulgata si vero noluerit isto modo debitum transigere und der Authentica quod si nolit creditor ita accipere steht es in dem Belieben des Gläubigers. R.)

h) I. H. Böhmer, ius eccl. prot. III. 16, 48.

eingetreten ist[a]). Als Regel ist zu betrachten, daß die Erfüllung mit der Existenz der Obligatio gefordert werden kann[b]), eine Trennung aber jener beiden Momente, durch Aufschub der Erfüllung, wird herbeigeführt durch eine auf Privatdisposition oder Rechtsvorschrift beruhende Erfüllungszeit, welche im Zweifel den Schuldner berechtigt, nicht verpflichtet[c]); ja schon in der Beschaffenheit der Leistung selbst kann ein solcher Aufschub liegen[d]).

Dadurch, daß jemand eine Leistung früher erhält oder später giebt, hat er einen Vortheil, welcher commodum temporis oder repraesentationis, bey einer Geldschuld, wo der Vortheil in der nutzbaren Anlegung des Capitals, namentlich auf Zinsen, besteht, interusurium heißt[e]). Dieses Interusurium dem Gläubiger anzurechnen, ist der Schuldner (oder, wenn die Zahlung in fraudem creditorum geschehen ist, die benachtheiligten Gläubiger) berechtigt, wenn er eine

a) L. 213 pr. D. de V. S. (50, 16): Cedere diem significat incipere deberi pecuniam, venire diem significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies, ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit, ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione.

b) L. 14 D. de R. I. (50, 17:) In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.

c) L. 41 §. 1 D. de V. P. (45, 1): — dici adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore. L. 70 D. de solut. (46, 3): Quod certa die promissum est, vel statim dari potest, totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur. L. 17 D. de R. I. (50, 17). Stellung der Zeit auf den Willen des Schuldners; L. 46 §. 2 D. de V. O. (45, 1), L. 41 §. 13 D. de leg. III. (32).

d) L. 137 §. 4 D. de V. O. (45, 1): Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo, si neque domi habet, neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur; et alioquin, si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus, aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipsae Romae sit, dare spondeat. nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecuuia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.

e) L. 9 §. 8 D. de pecul. (15, 1), L. 24 §. 2 D. sol. matr. (24. 3), L. 82 pr. D. de leg. II. (31), L. 1 §. 10, L. 66 pr., L. 88 §. 3 D. ad L. Falc. (35, 2), L. 10 §. 12, L. 17 §. 2 D. quae in fraud. cred. (42, 8).

unverzinsliche Schuld mit dem Willen des Gläubigers[f]) vor der Erfüllungszeit zahlt. Die Höhe des Interusurium kann vertragsweise bestimmt werden, außerdem wird dem Gläubiger so viel abgezogen, daß er mit Hinzurechnung der in der Zwischenzeit von dem jetzt Empfangenen zu beziehenden Nutzungen (wobey nach der Hoffmann'schen Ansicht blos die Zinsen des erhaltenen Capitals, nach der Leibnitz'schen auch die zu gewinnenden Zinsen von diesen Zinsen in Anschlag kommen) am künftigen Zahlungstermin die ganze verschuldete Summe haben wird[g]).

Modificationen.

a. Erzwungene Stundung und Moratorien[a]).

§. 242.

Eine Stundung, wodurch die Geltendmachung der Forderung durch Klage, aber auch nur diese, suspendirt wird, kann wider den Willen des Gläubigers herbeigeführt werden 1) durch den Beschluß der (nach der Größe der Forderungen, und erst im Fall der Gleichheit nach der Zahl der Personen zu berechnenden) Majorität der Gläubiger, an den bey gehöriger Begründung desselben die Minorität gebunden ist, auf höchstens fünf Jahre[b]); begründet kann er werden entweder durch den Vortheil der Gläubiger selbst, oder durch den des Schuldners, dessen Ruin durch sofortiges Andringen herbeigeführt werden würde, während Befriedigung ohne jene Folge nach der ge-

---

f) Keine Ausnahme macht die citirte L. 24 §. 2 D. sol. matr. (Dagegen Arndts, Pand. §. 220 Anm. 2. R.)

g) Schrader, civ. Abhandl. II. 2, hat nachzuweisen gesucht, daß die Hoffmann'sche Berechnung auch von den römischen Juristen angewendet worden sey (während Oettinger im Archiv für civ. Pr. XXIX. 2 [1846] wieder die Anwendung der Carpzov'schen Methode bey den Römern vertheidigt, wobey jedoch bezüglich der L. 88 §. 3 D. ad L. Falc. [35, 2] S. 44 außer Acht gelassen ist, daß bey Vermächtnissen die Todeszeit des Erblassers über den Betrag des Vermögens entscheidet. R.). Dieser Umstand indessen ist für die Frage des geltenden Rechts an sich nicht entscheidend; ein Rechtssatz ist die Feststellung des zu erreichenden Resultats, nicht des Wegs dazu. (Oettinger sucht die Unrichtigkeit aller drei bisher vorgeschlagenen Berechnungsarten nachzuweisen und eine neue zu begründen, stimmt jedoch im Resultat mit Leibnitz überein. Die neueste Schrift ist P. F. Keil, das Interusurium, oder die richtige Bestimmung der Forderungsrechte zu anderen als den Verfallzeiten. 1854. R.)

a) W. H. Puchta, über den Concursproceß S. 218—246. (Holzschuher III. §. 230. R.)

b) L. 8 C. qui bon. ced. poss. (7, 71).

statteten Frist wahrscheinlich ist, welches letztere bey einer durch grobe Verschuldung herbeigeführten Insolvenz nicht der Fall sein wird; 2) durch Concession des Regenten, Moratorium, Indult, Anstandsbrief, Quinquenell rc. genannt, gegen Sicherstellung der Gläubiger[e]). Es besteht kein Grund, die Wirkung dieser Concession auf die zur Zeit ihrer Ertheilung schon vorhandenen Gläubiger zu beschränken, für die eine solche Beschränkung, namentlich wo es mit der Sicherstellung nicht sehr genau genommen wird, gefährlich werden könnte.

b. Cessio bonorum[a]).

§. 243.

Der Schuldner kann den Klagen seiner Gläubiger bey unverschuldeter Insolvenz durch vollständige Abtretung seiner Güter an sie, um ihre Befriedigung daraus zu suchen, cessio bonorum, entgehen[b]), und dadurch von den besonderen Nachtheilen, die außerdem für ihn aus seiner Insolvenz entspringen würden, sich befreien[c]). Wie auf die Gläubiger nicht das Eigenthum der Güter, sondern nur Detention und Verkaufsrecht übergeht, so werden auch die Forderungen dadurch nicht getilgt, sondern nur ihre Geltendmachung gegen den Schuldner suspendirt[d])..

c. Beneficium competentiae*).

§. 244.

Der Schuldner wird regelmäßig in die ganze Schuld ohne Rücksicht auf die Sufficienz seines Vermögens condemnirt. Es giebt aber Fälle, wo er gegen diese strenge Condemnation eine Einrede hat, mit der er verlangen kann, nur in quantum facere potest, und zwar nach Abzug des zum Lebensunterhalt schlechterdings Nothwendigen (der

e) L. 2. 4 C. de prec. imp. off. (1, 19), R. P. O. 1577, Tit. 23 §. 4. Vgl. Mittermaier, Archiv für civ. Pr. XVI. 17.

a) Dig. XLII. 3: de cessione bonorum. Cod. VII. 71: qui bonis cedere possunt. (Unterholzner I. §. 175, Sintenis II. §. 159 — 160, Holzschuher III. §. 232 Nr. 1 bis 3. R.)

b) L. 3. 5. 8. 9. D., L. 4. 6 C. h. t. Von dem Manifestationseid, der dem Schuldner abgefordert werden kann, nicht von einem besonderen angeblichen beneficium eiurationis, handelt die nicht glossirte Nov. 135. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilpr. I. §. 31 a. E.

c) L. 1 8 C. eod., L. 11 C. ex. qu. caus. infam. (2, 12).

d) L. 4. 7 D. h. t. (42, 3), L. 1 C. eod. (7, 71).

*) (Holtius in der bibliothèque du Jurisconsulte I. p. 389—405 (1826). Abhandl. übersetzt von Sutro Nr. 5, Francke, Archiv für civ. Pr. XXII. 14 (1840), Sintenis, Zeitschr. für Civilr. und Proc. XV. 13, Civilr. II. S. 161—166, Holzschuher III. §. 231, Vangerow I. §. 174 Anm. 1. 2. R.)

s. g. Competenz), condemnirt zu werden[a]). Die Einrede ist auf die Person des Schuldners beschränkt[b]), sie steht auch nur der klagweisen Geltendmachung der Forderung (aber auch noch der actio iudicati) entgegen[c]), die Forderung bleibt auf das Nichtgezahlte, und wird durch die Verbesserung der Vermögensumstände des Schuldners wieder klagbar[d]). Der Betrag des Vermögens wird berechnet zur Zeit der Verurtheilung[e]), ohne Abzug anderer Schulden[f]). Das Beneficium fällt, wo es sonst begründet wäre, weg gegen Delictsklagen und wenn wegen eines Dolus geklagt wird[g]), ferner bey doloser Verminderung des Vermögens[h]), endlich durch Verzicht, soweit in dessen Geltendmachung nicht eine Unsittlichkeit liegt[i]).

§. 245.

In einigen Fällen wird das Beneficium durch das persönliche Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger begründet, dahin gehört 1) das den Eltern (und Patronen) gegen die Kinder (und Freigelassenen)[k]), 2) das den Ehegatten gegen einander zustehende[l]),

a) L. 173 pr. D. de R. I. (50, 17): In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. Irrthümer: 1) Condemnatio in id, quod facere potest und Competenzwohlthat seyen zwey verschiedene Beneficien, und träfen auch nicht überall zusammen, so z. B. Schömann, Handbuch des Civilr. II. 5; 2) es seyen zwey verschiedene Beneficien, die aber zufällig immer zusammen einträten, so z. B. Vangerow, Leitfaden §. 174. Aber es ist ein und dasselbe Beneficium, welches durch eine günstigere Auslegung des in quantum facere potest eine Ausdehnung erhielt, die anfangs wahrscheinlich nur in gewissen Fällen, zuletzt in allen angenommen wurde. Dieses Verhältniß, nicht jene Doppelheit des Beneficiums, geht auch hervor aus L. 19 §. 1 D. de re iud. (42, 1).

b) L. 23—25 D. de re iud. (42, 1), L. 7 pr. D. de except. (44, 1), L. 12. 13 D. sol. matr. (24, 3).

c) L. 8. 9 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 33 pr. D. de donat. (39, 5), L. 41 §. 2 D. de re iud. (42, 1).

d) L. 63 §. 4 D. pro soc. (17, 2): Item videndum, an cautio veniat in hoc iudicium eius, quod facere socius non possit, scil. nuda promissio? quod magis dicendum arbitror. L. 3 C. de bon. auct. iud. (Note u), L. un. §. 7 C. de rei ux. act. (5, 13).

e) L. 63 §. 6 D. pro soc. (17, 2), L. 15 pr. D. sol. matr. (24, 3).

f) L. 63 §. 3 D. pro soc. (17, 2), L. 16. 19 pr. D. de re iud. (42, 1). Ausnahme für den Schenker, L. 19 §. 1, L. 49. 50 eod., L. 54 D. sol. matr. (24, 3).

g) L. 22 §. 1, L. 52 D. de re iud. (42, 1), L. 21 §. 6 D. rer. amot. (25, 2), L. 4 §. 1. 2 D. quod cum eo (14, 5).

h) L. 63 pr. §. 7 D. pro soc. (17, 2), L. 51 pr. D. de re iud. (42, 1).

i) L. 14 §. 1 D. sol. matr. (24, 3).

k) L. 16. 17 D. de re iud. (42, 1).

l) L. 20 eod.

3) das des Vaters der Frau gegen den Mann, aber nur in Beziehung auf eine promittirte Dos, wenn sie manente adfinitate (also während der Ehe) gefordert wird [m]). Häufig wird es 4) noch den Geschwistern gegen einander gestattet, wegen des Grunds, der für die Competenz der Socii angeführt wird [n]).

In anderen Fällen ist es die Beschaffenheit des obligatorischen Verhältnisses, welche zur Ertheilung des Beneficiums geführt hat. Dahin gehört die Competenzeinrede 5) des Ehemannes, seines Vaters, seiner Kinder (nicht aber anderer Erben) gegen eine Dotalklage (nicht aber gegen die Klage auf Restitution einer dos receptitia) [o]); 6) der socii gegen die pro socio actio [p]), 7) des Schenkers gegen die Forderung aus der Schenkung [q]).

Es giebt aber auch Fälle, wo die Competenz lediglich auf eine Eigenschaft des Schuldners sich gründet. Dahin gehört 8) die der Soldaten gegen alle Forderungen [r]); 9) solcher, die während der väterlichen Gewalt Schulden contrahirt haben, gegen die Forderungen daraus, wenn sie nicht sehr lange nach Endigung der väterlichen Gewalt belangt werden, auch bey Endigung durch den Tod des Vaters,

m) L. 21. 22 pr. eod., L. 84 D. de iure dot. (23, 3), L. 17 pr. D. sol. matr. (24, 3).

n) L. 63 pr. D. pro soc. (17, 2): — cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.

o) L. 12. 13. 15 §. 2, L. 16. 17 §. 2, L. 18 pr. D. sol. matr. (24, 3), L. 21. 23. 24 §. 1 D. de re iud. (42, 1).

p) §. 28 I. de action. (4, 6), L. 63 pr. D. pro soc. (17, 2). Ulpian giebt hier das Beneficium: etiam si non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei. Aus demselben Werk ist genommen L. 16 D. de rei iud. (42, 1), wo unter den Berechtigten die socii aufgeführt werden mit dem Zusatz: socium autem omnium bonorum accipiendum est, der am wahrscheinlichsten eine bey der Zusammenstellung der Pandekten gemachte Einschaltung der Compilatoren aus einem anderen dissentirenden Juristen ist. Das praktische Resultat ist, daß diese Beschränkung auf eine Art der Societät in Folge des Widerspruchs der beiden Stellen wegfällt.

q) L. 33 D. de iure dot. (23, 3), L. 19 §. 1, L. 30 D. de re iud. (42, 1), vgl. Note f. Dem extraneus dotis promissor versagt Paulus das Beneficium gegen den Mann, L. 84 D. de iure dot., L. 41 pr. D. de re iud., formell mit vollem Recht, denn auch wenn er Schenker ist, ist er Schenker der Frau, Ulpian dagegen L. 33 D. de iure dot. setzt die Zulässigkeit der Competenz voraus (denn der Beziehung auf die Frau, die man nach Cujacius oft angenommen hat, steht entgegen, daß diese unmittelbar keine Klage gegen den promissor hat), ohne Zweifel in Erwägung des Umstands, daß es factisch so gut ist, wie wenn die Beschenkte selbst klagte. S. über die verschiedenen Ansichten Meyerfeldt, Rhein. Museum VII. S. 111 ff.

r) L. 6 pr. 18 D. de re iud. (42, 1).

sofern sie wenig oder nichts von ihm geerbt haben[s]); 10) des Schuldners, welcher bonis cedirt hat, hinsichtlich des Vermögens, das er nach der cessio erwirbt[t]). Das Beneficium gründet sich auf die Cessio, und wirkt daher gegen die Gläubiger, denen diese geschehen ist, also die damals schon Gläubiger waren[u]), gleichviel ob sie davon Gebrauch gemacht und Vortheil gezogen haben oder nicht[v]), nicht gegen die nach der Cessio contrahirten Forderungen.

Endlich kann die Competenzeinrede auch 11) durch Vertrag begründet werden[w]). — Ein s. g. beneficium competentiae ex iure tertii giebt es nicht; man hat es auf ein Recht des Unterhaltgebers, zu fordern, daß seinem Alimentirten dieser Unterhalt nicht entzogen werde, gründen wollen[x]). Ist aber der Alimentator unbedingt (wenn gleich ex causa donationis) zur Verabreichung der Alimente verpflichtet, so steht ihm ein solches Recht gar nicht zu, und hat er ein Recht, über seine Alimentenreichung irgendwie zu verfügen, so kann man dieß nicht als Competenzbeneficium behandeln. Eben so wenig gehören dahin die Executionsbeschränkungen in Beziehung auf die Besoldungen der Beamten, und das Recht der Kirche, zu verlangen, daß den Gläubigern der Geistlichen die Pfründen derselben nur soweit als Befriedigungsobject angewiesen werden, als dadurch die Subsistenz des Beneficiaten und die davon abhängige Erfüllung seiner Amtspflichten nicht beeinträchtigt wird[y]). — Die Annahme eines beneficium competentiae aus der unglossirten Novelle 135[z]) beruht auf einem Mißverständniß (§. 243 Note b). Eben so das des Ehemannes

s) L. 2—5 D. quod cum eo (14, 5), L. 49 D. de re iud. (42, 1).

t) §. ult. I. de action. (4, 6), L. 4. 6 D. de cess. bon. (42, 3).

u) L. 3 C. de bon. auct. iud. (7, 72): Ex contractu, qui cessionem rerum antecessit, debitorem contra iuris rationem convenies, cum eum acquitas auxilio exceptionis muniat. At tunc demum iterato possis desiderare conventionem, cum tantum postea quaesivit, quod Praesidem ad eius rei licentiam debeat promovere.

v) So läßt sich verstehen L. 4 §. 1 D. de cess. bon. (42, 3): Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari. Viele Juristen (s. z. B. Thibaut, civ. Abhandl. 16) haben dadurch eine Wirksamkeit des Beneficiums auch gegen spätere Gläubiger begründen wollen. Aber diese Interpretation der Stelle würde höchstens einen Widerspruch zwischen ihr und der in der Note u citirten herstellen, in dessen Folge wir immer wieder auf die im Text vorgetragene, dem Grund der Competenz angemessene Ansicht zurückkommen würden.

w) L. 49 D. de pact. (2, 14).

x) S. z. B. Thibaut, System des Pand.-R. §. 107.

y) Eichhorn, Grundſ. des Kirchenr. I. S. 537 ff.

z) Mühlenbruch, Lehrbuch §. 154.

gegen die actio funeraria[aa]), die ihrem ursprünglichen Gegenstand nach nicht erst durch eine Competenzeinrede beschränkt ist (§. 318).

3. Ort der Erfüllung.

§. 246.

Ist der Ort, wo die Erfüllung geschehen soll, bestimmt[a]), so darf an einem anderen Ort der Schuldner nicht leisten[b]), der Gläubiger nicht fordern[c]). Bey alternativer Bestimmung hat der Schuldner die Wahl, wenn er freiwillig erfüllt, der Gläubiger, wenn es zur Klage kommt[d]). Die aus der Ortsbeschränkung für den Gläubiger möglicherweise entstehenden Inconvenienzen zu beseitigen, ist ihm an einem anderen Ort zu klagen gestattet dahin, daß der Schuldner an dem bestimmten Ort, oder daß er an dem Ort der Klage mit Berücksichtigung des Interesse Loci (§. 225) leiste; bey stricti iudicii obligationes ist zu diesem Behuf die arbitraria actio de eo quod certo loco gegeben, bey bonae fidei obligationes reicht die gewöhnliche Klage dazu hin[e]).

Der Mangel einer Bestimmung über den Ort kann unter Umständen die Leistung völlig unbestimmt und die Obligatio selbst ungültig machen[f]), umgekehrt kann die Beschaffenheit der Leistung selbst den Ort stillschweigend geben. Ist keines von beiden der Fall, so ist der Ort der Klage der Ort der Erfüllung[g]), nur geschieht die Herbeischaffung bey Forderungen auf individuell bestimmte Sachen, wenn sie sich ohne Dolus des Schuldners an einem anderen Ort befinden, auf Gefahr und Kosten des Klägers[h]). Will aber der Schuldner ohne Klage erfüllen, so muß er es natürlich bey dem Gläubiger thun[i]).

---

aa) Vangerow, Leitfaden I. §. 174 Nr. 5.

a) Dig. XIII. 4: de eo quod certo loco dari oportet. Cod. III. 18: ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit. Bethmann-Hollweg, Versuche über den Civilproceß S. 19—53. (Savigny, Obligationenrecht I. §. 49. R.)

b) L. 2 §. 7, L. 9 D. h. t. (13, 4).

c) L. 1 eod.

d) L. 2 §. 3 eod.

e) L. 1. 3. 4 §. 1, L. 7 pr. 8 eod.

f) L. 2 §. 5 eod.

g) L. 4 D. de cond. trit. (13, 3), L. 22 D. de reb. cred. (12, 1), L. 1 D. de annuis leg. (33, 1).

h) L. 11 §. 1 D. ad exhib. (10, 4), L. 12 §. 1 D. depos. (16, 3), L. 38 D. de iud. (5, 1), L. 47 pr. §. 1 D. de leg. I. (30).

i) Die gewöhnliche Meinung: Ort des Empfangs und Domicilium des Schuldners, hat weder die Natur der Sache noch das geschriebene Recht für sich, das vielmehr über diesen Punkt schweigt.

B. Einfluß der Insolvenz des Schuldners[a]).

§. 247.

Die Insolvenz des Schuldners kann in dem Fall der Existenz mehrerer Gläubiger ein besonderes Verhältniß dieser unter einander und zu den Gütern des Schuldners, aus denen sie ihre Befriedigung suchen, hervorbringen. Dieses Verhältniß ist der concursus creditorum, welcher durch ein richterliches Decret, veranlaßt entweder durch Erklärung des Schuldners (cessio bonorum) oder Antrag der Gläubiger, begründet durch die Wahrscheinlichkeit der Insufficienz des Vermögens zur Befriedigung aller Gläubiger, eröffnet wird. Die Folge der Concurseröffnung für den Schuldner (Cridar) ist nach heutigem Recht, daß er das Dispositionsrecht über seine Güter (Concursmasse) verliert, und seine Person in dieser Hinsicht und gegenüber den einzelnen Gläubigern durch einen Verwalter (Massecurator) und Contradictor vertreten wird, die sowohl in seinem als im Interesse der Gesammtheit der Gläubiger handeln; für die Gläubiger hat sie die Folge, daß sie, sofern sie ihre Befriedigung aus den Gütern ihres Schuldners — sey es mit der persönlichen oder mit der hypothekarischen Klage — suchen, an dem Concursverfahren Theil nehmen müssen (wofern sie nicht etwa Anspruch haben, einen Theil der Güter zum Behuf eines particulären Concurses auszuscheiden), um nach den hierüber bestehenden Grundsätzen der Gleichheit und des Vorzugs (§. 248) in Gemeinschaft mit den übrigen ihre Forderungen geltend zu machen und zu realisiren[b]). Die nicht Theilnehmenden haben einen Anspruch auf das, was zur Concursmasse gehört, erst wenn alle Theilnehmer daraus vollständig befriedigt sind. So giebt der Concurs der Geltendmachung und Befriedigung der Forderungen aus dem vorhandenen Vermögen des Schuldners eine besondere Gestalt und Richtung, aber er befreit den Schuldner nicht, er tilgt die Forderungen nicht, weder für die theilnehmenden noch für die wegen Nichtanmeldung präcludirten Gläubiger[c]).

a) Dig. XLII. 5: de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendendis. 6: de separationibus. 7: de curatore bonis dando. Cod. VII. 72: de bonis auct. iud. possid. seu venundandis et de separationibus bonorum.

b) L. 6 §. 7 D. quae in fraud. cred. (42, 8): Sciendum, Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum, sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par conditio omnium creditorum facta esset.

c) L. 3 C. de bon. auct. iud. (7, 72), L. ult. §. ult. D. quae in fr. cred. (42, 8).

§. 248.

Die Befriedigung der Gläubiger in Folge des Concurses geschieht nach folgenden Grundsätzen. Vor allem scheiden sich die Ansprüche aus, welche die Concursmasse selbst mindern, wohin theils die Gerichts- und Masseverwaltungskosten und die Forderungen der s. g. Massegläubiger, theils die Separationsbefugnisse, wodurch Gegenstände von der Masse zum Behuf einer abgesonderten Befriedigung getrennt werden, gehören. Aus dem, was hiernach als Befriedigungsobject für die concurrirenden Gläubiger übrig bleibt, nehmen die Pfandgläubiger als solche die Gegenstände ihres Pfandrechts als Befriedigungsmittel in Anspruch, und sofern mehrere an denselben Gegenständen ein Pfandrecht haben, nach der Ordnung, welche das Prioritätsrecht an die Hand giebt (§. 209 ff.); die durch diese Geltendmachung ihres Pfandrechts nicht befriedigten treten (vorausgesetzt natürlich, daß außer ihren Pfandobjecten noch Güter vorhanden sind) unter die nichthypothekarischen, die chirographarischen Gläubiger. Für diese mit der persönlichen Klage ihre Befriedigung suchenden Gläubiger gilt der Grundsatz als Regel, daß sie einander gleichstehen und daher auf Befriedigung pro rata Anspruch haben[d]); von einem Vorzug des Alters kann, da der unmittelbare Gegenstand der Forderungen niemals derselbe ist, nicht die Rede seyn[e]). Diese Gleichheit hat eine doppelte Gattung von Ausnahmen.

1) Forderungen, die den übrigen nachstehen. Am vollständigsten gilt dieß von den Ansprüchen aus Verleihungen auf den Todesfall, die sich nur auf das Vermögen beziehen, welches nach Abzug der Schulden übrig bleibt[f]). Sodann stehen die Strafforderungen den reipersecutorischen nach, und dieß gilt auch von fiscalischen Strafen[g]).

d) L. 6 C. de bon. auct. iud. poss. (7, 72).

e) Vgl. L. 32 D. de reb. auct. iud. (42, 5). In einem Fall, der sich aber nicht auf den Concurs bezieht, ist ein Vorzug des Alters anerkannt; bey der Vermiethung von Diensten soll der frühere Miether von dem späteren befriedigt werden, L. 26 D. locati (19, 2). Dagegen scheint L. 9 C. de iure dot. (5, 12) zwischen dem privilegium dotis (wenn die Stelle davon zu verstehen ist) und anderen einen Vorzug des Alters anzuerkennen.

f) L. 17 D. de mortis c. don. (39, 6), L. 4 §. 1, L. 6 pr. D. de separat. (42, 6). (Dieser Satz gehört nicht hierher, sondern zur Existenz der Verleihung. Im Fall der Insolvenz fällt sie aus und hat daher gar keine Stelle, im Fall der Solvenz gehört sie in die dritte Classe. Vgl. Arndts im Rechtslexikon VI. S. 27 f. R.)

g) L. 17 D. de iure fisci (49, 14): In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi (Modestin.). L. un. C. poenis fiscalibus creditores praeferri (10, 7): Rem suam persequentibus poenae

2) Forderungen, die den übrigen vorgehen. Dieser Vorzug, den manche Forderungen im Concurs haben, heißt privilegium exigendi, es ist ein privilegium inter personales actiones[h]), der hypothekarischen Klage giebt es keinen Vorzug und eben so wenig vor den hypothekarischen Klagen[i]). Die einzelnen Privilegirten sind zum Theil privilegia personae, die der Forderung um der Person des Gläubigers willen gegeben sind (§. 30); ein solches haben der Fiscus, und eben so der Regent und seine Gemahlin, wegen jeder Forderung (mit Ausnahme der Strafen)[k]), die Städte[l]) und nach der Praxis die Kirchen; die Ehefrau (auch die putative und die Braut) wegen ihrer Totalforderung[m]), die Bevormundeten wegen der Vormundschaftsforderungen gegen ihre Vormünder und Protutoren, aber auch gegen negotiorum gestores[n]). Zum Theil sind es privilegia causae, ein solches haben die Begräbnißkosten, seyen sie vom Begräbniß des Schuldners oder eines Anderen, zu dessen Beerdigung der Schuldner verpflichtet ist[o]), nach der Praxis auch die Kosten der Krankheit, woran der Schuldner gestorben ist; das Gelddarlehen zum Wiederaufbau

exactio postponitur. Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est, ita in triplo, quod poenae nomine adiectum est, propria forma servanda est (Alex). Zweifelhaft ist das Verhältniß einer Stelle Papinian's zu diesem höchst gerechten Grundsatz, in welcher übrigens (was man öfters übersehen hat) das Princip selbst entschieden anerkannt ist, nämlich L. 37 D. de iure fisci: Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat. (Jedenfalls scheint es bedenklich, wenn Unterholzner §. 183 o, Vangerow §. 594 S. 248, Windscheid §. 270 Anm. 5 wegen dieser Stelle den Satz ganz aufgeben, da unter dem ius commune privatorum verstanden sein kann, daß die sonstigen Forderungen des Fiscus nicht nachstehen, weil der Fiscus sonst selbst das gemeine Recht aller Privaten einbüßen würde, während er doch hier sein Privilegium behält. Es kommt hinzu, daß das Rescript im Codex, welches in der angegebenen Weise unterscheidet, jünger ist, als diese angebliche Auslegung Papinian's. Endlich kann man wenigstens nicht wohl mit Windscheid von einem „non anteponi" reden, da sich dieses bey Strafen von selbst verstehen würde. Eher ließen sich gegen die Ausdehnung auf die Bußen an Privaten Zweifel erheben, wenn diese Bußen selbst noch erheblich wären. R.)

h) L. 74 D. de iure dot. (23, 3).

i) L. 9 C. qui pot. (8, 18).

k) L. 10 pr. D. de pact. (2, 14), L. 34 D. de reb. auct. iud. (42, 5), L. 6 D. de iure fisci (49, 14).

l) L. 38 D. de reb. auct. iud. (42, 5), vgl. Plin. epist. X. 109. 110.

m) L. un. C. de privilegio dotis (7, 74), L. 22 §. 13 D. sol. matr. (24, 3), L. 17 §. 1, L. 19 pr. D. de reb. auct. iud. (42, 5).

n) 19—23 eod., L. 42. 44 §. 1 D. de adm. tut. (26, 7).

o) L. 45 D. de relig. (11, 7), L. 17 pr. D. de reb. auct. iud. (42, 5).

eines Gebäudes[p]); die Forderung des Socius, der die Kosten der Reparatur eines gemeinschaftlichen Gebäudes vorgeschossen hat, auf Wiedererstattung derselben pro rata von dem anderen Theilhaber[q]); die Forderung, welche zum Zweck der Anschaffung, Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffs contrahirt ist, auch die venditi actio wegen Verkaufs eines Schiffs[r]); die Forderung wegen unverzinslicher Niederlegung von Geldern bey einem Argentarius[s]), die Praxis legt der depositi actio (directa) überhaupt dieses Privilegium bey; nach der Praxis der Gesindelohn. Wer zum Behuf der Abfindung eines solchen privilegirten Gläubigers creditirt hat, rückt in dessen Stelle ein[t]).

Unter mehreren privilegirten Forderungen tritt wieder die Regel der Gleichheit ein, aber auch hier giebt es Ausnahmen: 1) die erste Stelle haben die Begräbnißkosten[u]), der Fiscus[v]) und das Depositum, wenn es auf Rückgabe derselben Geldstücke geschlossen ist[w]); 2) die letzte Stelle hat das uneigentliche Depositum auf Rückgabe derselben Quantität[x]).

Aber die Praxis hat unter den Privilegien einige herausgehoben, die sie absolute nennt, und an die Spitze aller Gläubiger, auch die

---

p) L. 24 §. 1 eod., L. 1 D. de cess. bon. (42, 3).

q) L. 52 §. 10 D. pro soc. (17, 2).

r) L. 26. 34 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

s) L. 24 §. 2 eod., L. 7 §. 2 D. depos. (16, 3).

t) L. 2 D. de cess. bon. (42, 3), L. 24 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

u) L. 45 D. de relig. (11, 7): Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sunt.

v) L. 34 D. de reb. auct. iud. (42, 5), vgl. Paul. sent. V. 12, 10. Dort heißt es von dem Darlehen für ein Schiff: habet privilegium post fiscum, womit gesagt wird, daß es dem Fiscus nachsteht, nicht daß es den übrigen vorgeht. Eben so ist L. 38 §. 1 eod.: respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur, nur Ausdruck des Privilegiums, nicht einer vorzüglichen Stelle unter den Privilegien.

w) L. 7 §. 2 D. depos. (16, 3): Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est, eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. L. 8 eod.

x) L. 24 §. 2 D. de reb. auct. iud. (42, 5): In bonis mensularii vendendis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur; et merito, aliud enim est credere, aliud deponere. Si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum qui vindicat, ante privilegia. So ist diese Stelle mit der in Note w gegebenen zu vereinigen, beide sind aus Ulpian's Edictscommentar.

Pfandgläubiger inbegriffen, stellt: das Privilegium der öffentlichen Abgaben, der Begräbnißkosten, des Gesindelohns.

IV. Entstehung der Obligatio.

A. Entstehungsgründe.

§. 249.

Die Entstehungsgründe der Obligationen sind von dreifacher Art: Rechtsgeschäfte, unerlaubte Handlungen, Zustände. Der Charakter dieser Classification besteht darin, daß die Entstehung von der absichtlichsten bis zur unwillkürlichsten fortschreitet. Die Hervorbringung der Obligatio kann 1) eine durchaus absichtliche von beiden Seiten, des zu Berechtigenden und des zu Verpflichtenden seyn, dieß ist die Entstehung durch Vertrag zwischen den Subjecten der Obligatio, bey weitem die wichtigste Entstehungsart; 2) eine absichtliche von Seiten des zu Verpflichtenden, Entstehung durch einseitiges Versprechen, eine anomale Entstehung; 3) Entstehung durch ein Rechtsgeschäft, also durch einen auf einen rechtlichen Zweck gerichteten Act, nur daß die Absicht nicht auf die Obligatio gerichtet zu sein braucht, Quasicontracte; 4) Entstehung durch eine Handlung, bey der die Absicht überall nicht auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet ist, durch unerlaubte Handlungen; 5) Entstehung ohne daß eine Handlung unmittelbar erforderlich und die Quelle der Obligatio ist, durch Zustände, in denen sich jemand befindet.

In Beziehung auf den Inhalt und die Behandlung der Obligatio bildet die Entstehung durch unerlaubte Handlungen einen Gegensatz gegen alle anderen Entstehungsarten, unter denen wieder die Obligationen durch Rechtsgeschäfte, und hier insonderheit durch Verträge, der Typus dieser Classe sind. Dieß ist der Sinn der Classification: omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto[a]), welche an einem anderen Ort durch Hinzufügung der obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto[b]) weniger vervollständigt, als erläutert wird, anderwärts in einem dritten Glied: ex variis causarum figuris (proprio quodam iure) einen Zusatz erhält[c]), dessen Bedeutung zweifelhaft ist[d]).

Für die Entstehung der Obligationen, und namentlich für die durch Verträge, ist im allgemeinen auf die hierher anzuwendenden Grund-

a) Gai. III. 88. (Savigny, Obligationenrecht II. §. 51—85. R.)
b) §. 2 I. de oblig. (3, 13).
c) Gai. L. 1 pr. D. de O. et A. (44, 7).
d) Eine sehr tumultuarische Classification giebt Modestin, L. 52 eod.

säße von der Entstehung der Rechte überhaupt durch Handlungen und besonders durch Rechtsgeschäfte (§. 49 ff.) zu verweisen.

I. Verträge.

a. Form[a]).

§. 250.

Zur Existenz eines Vertrags gehört die Uebereinstimmung der Willen beider Subjecte (Paciscenten, Contrahenten), und die Erklärung derselben, welche von beiden Seiten (Versprechen — Acceptation) erfolgen muß. Für diese Erklärung kommt im römischen Recht eine doppelte Art von gesetzlichen Formen vor: 1) Formen, welche die Gültigkeit des Vertrags bedingen[b]), diese sind auch auf das heutige Recht übergegangen, und in diesem noch sehr vermehrt worden; 2) Formen, die zur Klagbarkeit des Vertrags nothwendig sind. Das R. R. geht nämlich von dem Grundsatz aus, daß eine bloße Uebereinkunft, pactum, die auf irgend eine Art erklärte Uebereinstimmung der Willen, nicht hinreichen soll, eine klagbare Obligatio hervorzubringen[c]), es muß noch eine besondere causa obligationis hinzukommen, wodurch die Uebereinkunft zum contractus wird. Diese causae civilium obligationum sind folgende: a) Res, der Umstand, daß etwas von Einem an den Anderen gekommen ist, wobey er sich entweder durch eine Uebereinkunft zu einer Leistung dagegen verpflichtet hat, oder ohne Uebereinkunft andere Umstände bewirken, daß er es nicht behalten darf, sondern zurückgeben muß (§. 307); die Fälle der ersten Art, bey denen der materielle Grund der Verpflichtung eine Uebereinkunft ist, nennt man Realcontracte, die entweder mit einer eigenthümlichen Klage versehen sind, benannte Realcontracte: mutuum, commodatum, depositum, pignus, oder mit der actio praescriptis verbis geltend gemacht werden, unbenannte Realcontracte, do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des[d]). b) Verba, gesprochene Worte, in welche

a) Inst. III. 14: quibus modis re contrahitur obligatio. 15: de verborum obligationibus. 21: de literarum obligationibus. 22: de obligationibus ex consensu. Dig. II. 14, Cod. II. 3: de pactis. Dig. XLV. 1: de verborum obligationibus. Cod. VIII. 38: de contrahenda et committenda stipulatione. Dig. XIX. 5 (Cod. IV. 64): de praescriptis verbis et in factum actionibus. Vgl. Roßhirt, von dem Vertragssystem bey den Römern und des jetzigen gemeinen D. Rechts, Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht III. S. 153 ff. (1839), Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen (1840), v. d. Pfordten, über die Klagbarkeit der Verträge nach röm. u. heut. R. Civil. Abhandl. (1840), Abh. 3.

b) S. z. B. §. 69.

c) L. 7 §. 4. D. de pact. (2, 14), L. 15 D. de praescr. verb. (19, 5).

d) L. 5. 15. 22 eod., L. 3 §. 4 D. de cond. causa data (12, 4). (Vgl. Huschke,

die Verpflichtung eingekleidet wird, namentlich durch Frage des Gläubigers, Antwort des Schuldners, Stipulation, wodurch jede Uebereinkunft auf eine einseitige Obligatio zum Contract gemacht werden konnte. c) Literae, geschriebene Worte in gewisser Form. d) Consensus, die bloße Uebereinkunft, die in gewissen Fällen (emtio et venditio, locatio et conductio, wohin die römischen Juristen auch den emphyteutischen Contract stellen, societas, mandatum) hinreichen kann, eine Obligatio zu contrahiren, s. g. Consensualcontracte. Diese ganze Beschränkung der Klagbarkeit ist in dem heutigen Recht weggefallen, eine gewöhnliche Uebereinkunft bringt (wenn sie nur gültig ist) in allen Fällen eine klagbare Obligatio hervor, so gut als in den wenigen Fällen der römischen Consensualcontracte und der ausnahmsweise durch Civil- oder prätorisches Recht klagbar gemachten Pacta. Damit ist alles, was wesentlich mit jener Beschränkung zusammenhängt, namentlich auch die Theorie der s. g. unbenannten Contracte und das daben stattfindende Jus Pönitendi (§. 308 Note c) antiquirt. Dieses heutige Recht erklärt sich daraus, daß die wörtliche Anwendung der römischen Contractsformen, namentlich der Stipulationen, unthunlich war, und man entweder nicht das Geschick oder die Macht, oder nicht die Einsicht des Bedürfnisses hatte, eine zeitgemäße Form an ihre Stelle zu setzen[e]).

b. Perfection.

§. 251.

Ein Vertrag ist perfect, wenn über alle wesentliche Punkte der Wille der Contrahenten in bindender Absicht in der gehörigen Form erklärt ist[a]). Was zur Perfection eines jeden einzelnen Vertrags gehört, hängt somit von der wesentlichen Natur desselben ab. In Beziehung auf die Perfection hat auch noch nach heutigem Recht der Begriff des Realcontracts Bedeutung, nämlich bey den vier benannten

Zeitschr. für Civilr. und Proc. Neue Folge V. 2 Num. 10 (1848), Brinz, krit. Blätter Num. 1. (1852) S. 20—34. R.)

e) Es giebt auch nach heutigem Recht Formen, die dem Gläubiger bey der gerichtlichen Geltendmachung eine vortheilhaftere Stellung geben, z. B. Urkunden, die den Executivproceß begründen, dieß ist aber etwas von jenem römischen Institut wesentlich Verschiedenes. (Vgl. Keller, Pand. §. 222. R.)

a) Beruht die Form auch blos auf dem Willen der Parteien, z. B. schriftliche Abschließung eines Kaufs oder andern Vertrags, für den diese Form nicht vorgeschrieben ist, so soll der Vertrag nach Justinian's Vorschrift nicht eher perfect seyn, noch irgend eine Verbindlichkeit (auch nicht zur Abschließung) daraus entstehen, bis die Form hinzugekommen ist, d. h. dieß soll als die Intention der Parteien vermuthet werden, L. 17 C. de fide instrum. (4, 21), pr. I. de emt. (3, 24).

Realcontracten, die auch heutzutage noch in dieser Weise vorkommen, sie werden erst durch Leistung von Seiten dessen, der Gläubiger werden soll, perfect, eine Leistung, die nicht zur Klagbarkeit, aber dazu erforderlich ist, damit der Vertrag existire, auf den die römische Theorie des mutuum, commodatum, depositum, pignus anwendbar sey[b]).

Die den Abschluß des Vertrags vorbereitenden Verhandlungen sind an sich unverbindlich. Dieß gilt 1) von den Propositionen, einseitigen Aufforderungen zur Vertragsschließung. Selbst in ein förmliches Versprechen eingekleidet ist die Proposition bis zur Acceptation ohne Wirkung und widerruflich, ja auch ohne Zurücknahme ist sie wirkungslos, wenn die Acceptation nicht erfolgt[c]). Versprechen an Entfernte können zurückgenommen werden, ehe der Adressat sie erhält und acceptirt, seine Acceptation nach erklärtem, wenn gleich ihm noch nicht bekanntem Widerruf ist ohne Bedeutung[d]). 2) Eben so unver-

---

b) Es sind zwey Irrthümer zu vermeiden: 1) Behandlung der Realcontracte als Consensualcontracte, s. z. B. Heise, System des gem. Civilrechts S. 92; 2) Behandlung von Consensualcontracten als Realcontracte, wie es z. B. nicht selten bey der exc. non impleti contr. geschehen ist (§. 232 Note e), ferner in dem Bestreben einer fortdauernden Anwendung der römischen Theorie von den Innominatcontracten (§. 250. 308 Note c). (Die im Text aufgestellte Beschränkung auf die vier benannten Realcontracte erklärt Brinz, krit. Blätter 1852 Num. 1 S. 26—34 mit Recht für eine Inconsequenz; denn auch damit ein (ungenannter) Vertrag existire, auf den die Theorie von der Voraussetzung §. 63 anwendbar sey, ist eine Leistung erforderlich: die Verpflichtung zur Rückgabe oder Gegenleistung ist freilich auch hier ohne Hingabe denkbar. Vgl. noch Brinz, Pandekten I. S. 370 ff. 443 ff., Demelius in den Jahrb. für Dogmatik III. S. 339 ff. (1859). R.)

c) Ob Acceptation nach einer Zwischenzeit möglich ist? Vgl. L. 1 §. 1 D. de V. O. (45, 1). (Scheurl, Jahrb. für Dogm. II. 5 (1857) S. 260—276, Thöl, Handelsr. I. §. 57 No. 2, Seuffert, Archiv II. 17. VI. 168. XVI. 30. XVII. 20. Besondere gesetzliche Bestimmungen enthält das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 318. 319. — Ob im heutigen Recht die Proposition an einen Dritten erklärt werden kann? Windscheid §. 309 S. 170. R.)

d) Vgl. L. 4 pr. D. de manum. vind. (40, 2). Die entgegengesetzte Meinung (von Wening, Archiv für civ. Pr. II. 25) führt zu absurden Consequenzen. Auf der anderen Seite geht Hasse, Rhein. Mus. II. S. 371 ff., zu weit, wenn er die Perfection eines gegenseitigen Vertrags bis zu dem Zeitpunkt hinausschiebt, wo der erste Promittent die Annahme seiner Offerte erfahren hat. (Literatur: v. Scheurl in den Jahrb. für Dogmatik II. 5 (1857) und von Bekker im Jahrb. des gem. deutschen Rechts II. 11 (1858). III. S. 116 f. 295 f. (1859) und vollständigere Angaben bey Thöl, Handelsrecht I. §. 57 Note 13, Filippo Serafini, il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale. Paris 1862 p. 51—54, Mittermaier, Archiv für civ. Pr. XLVI. S. 9. Besondere gesetzliche Bestimmungen enthält das deutsche Hdlsgb. §. 317—323, s. darüber Bekker, Jahrb. II. S. 385 f., Arndts in Pözl's Vierteljahrsschr. V. S. 163. — Speciellere Fragen: 1) Leistung des s. g. negativen Vertragsinteresses im Fall des Widerrufs? Ihering, Jahrb. für Dogm. IV. S. 16. 24. 86 f., Bähr, ebenda VI. 305. 306, Thöl, Handelsr. I.

bindlich sind die beiderseitigen vorbereitenden Verhandlungen, Tractate, wofern ihre Resultate nicht durch besondere Verträge, pacta praeparatoria, festgestellt worden sind; solche vorbereitende Verträge sind auch die, wodurch gleich der erste Punkt, daß ein Vertrag abgeschlossen werden soll, festgestellt wird, pacta de contrahendo[e]). Punktationen heißen einstweilige schriftliche Abfassungen von in den wesentlichen Punkten ihres Inhalts zu Stande gekommenen Verträgen, zu denen aber noch eine besondere Form hinzukommen soll. Soll die Form nur des Beweises wegen hinzukommen, so sind sie perfecte Verträge, und dieß ist im Zweifel anzunehmen, wenn die Form blos auf dem Willen der Parteien beruht[f]), ist dagegen die Schließung in jener solennen Form gesetzlich vorgeschrieben, so sind die Punktationen bloße Tractate. Eine dazwischen liegende Möglichkeit ist noch, sie als pacta de contrahendo zu betrachten, diese Möglichkeit setzt voraus, daß die vorgeschriebene Form nicht die Absicht hat, alles vorhergehende Binden auszuschließen[g]).

§. 252*).

Einen besonderen Fall der Perfectionsfrage bilden die Vertragspropositionen an unbestimmte Personen, nämlich an die, welche die dem Proponenten vortheilhaftesten Bedingungen stellen würden, an die Meistbietenden oder die Wenigstnehmenden. Diese Einleitung des Vertrags heißt Versteigerung, bey Verkäufen Subhastation oder Auction (je nachdem die Sache eine unbewegliche oder bewegliche ist)[h]).

§. 57, Note 3b. 15, Windscheid §. 307 Anm. 2. 2) Tod des Proponenten vor der Annahme: Ihering S. 91—93. 3) Entschädigung wegen unrichtiger Mittheilung des Willens? Windscheid §. 308, 6 u. das. Citirte. R.)

e) L. 68 D. de V. O. (45, 1). (Thöl, Handelsrecht I. §. 62 Note 1 schlägt dafür den Kunstausdruck „Vorvertrag" vor, der aber den Contractswillen unausgedrückt läßt. R.)

f) L. 4 D. de fide instrum. (22, 4). Damit steht Note a nicht in Widerspruch, dort haben die Parteien erst einen Schritt gemacht (mündliche Verhandlung), hier dagegen zwey (mündliche Verhandlung und schriftliche Conception), unter diesen Umständen wird die Intention bloßer Tractate unwahrscheinlich.

g) Vgl. Eichhorn, D. Privatr. §. 95. Thöl, Handelsrecht §. 62.

*) (E. A. Seuffert, de auctione (Habilitationsschrift 1854), Kindervater, Jahrb. für Dogm. VII. 1 (1863), dazu Ihering das. No. 4. Replik No. 7. Duplik No. 8, Sintenis II. S. 252—257, Keller, S. 443. 444, Windscheid §. 309. R.)

h) Diese Form ist im R. R. vorgeschrieben 1) bey dem Verkauf des pignus in causa iudicati captum, L. 2. 3 C. de exsec. rei iud. (7, 53), L. 2 C. si in causa iud. (3, 23); 2) beim Verkauf der Güter seiner Schuldner durch den Fiscus, L. 1. 2 C. de fide et iure hastae fiscalis et de adiectionibus (10, 3); 3) der Güter einer Kirche oder milden Stiftung, Nov. 120 c. 6 §. 2; 4) bey Verpachtungen der Güter von Communen, L. 3 C. de locat. praed. civil. (11, 70).

Die Meinungen über ihre rechtliche Bedeutung, namentlich den Zeitpunkt der Perfection des dadurch eingeleiteten Vertrags, sind verschieden. Das Richtige ist, jedes Gebot als wirkliche Abschließung des Vertrags zu betrachten, aber mit der zu Gunsten beider Contrahenten beigefügten Bedingung, wenn sich nicht innerhalb der gesetzten (bestimmten[i]) oder durch Arbitrium z. B. des Auctionators zu bestimmenden Zeit ein vortheilhafterer Contrahent finden werde[k]).

c. Bestärkung.

α. Eid.

§. 253.

Die eidliche Bestärkung eines Versprechens (promissorischer Eid) giebt nach römischem Recht dem Vertrag an sich nicht mehr rechtliche Kraft, als er ohne den Eid haben würde, doch schließt sie die Restitution der Minderjährigen aus, sofern die Begründung derselben durch die gebotene Achtung vor dem Eid überwogen wird[a]). Ein in das Corpus Juris recipirtes Gesetz Friedrich I. entschied, daß überhaupt durch den einen gültigen Eid bestärkte Geschäfte von dem Schwörenden nicht sollten angefochten werden können[b]). Das canonische Recht hat das Princip der rechtlichen Unverbrüchlichkeit des Eides, so lange er nicht von dem geistlichen Richter erlassen ist, aufgestellt, so daß nicht blos die Anfechtung des Geschäfts, sondern selbst seine Nullität durch

i) L. 4 C. de fide et iure hast. fisc. (10, 3), L. 1 C. de vend. reb. civit. (11, 31).

k) (Jhering bestreitet die Verbindlichkeit des Vertragsanerbietens 1) wegen Unbestimmtheit der Person, wovon nur bei der Auslobung (§. 259) abgesehen werde, 2) wegen Unbestimmtheit des Preises: gegen beide theoretische Bedenken vgl. Windscheid §. 309 Anm. 12. Fraglicher ist: ob nicht die Versteigerung, wie Jhering gegen Kindervater ausführt, im Zweifel nur als Aufforderung zu Vertragsanerbietungen aufzufassen sey, so zwar, daß 1) der Versteigerer keinen Vorbehalt und nicht zu überbieten braucht, und 2) das Mehrgebot die Minderbieter nicht liberirt, sondern dem Versteigerer der Zuschlag nach seiner Wahl offen bleibt? In diesen Intentionsfragen ist zu 2 die Liberation das zu Vermuthende, zu 1 schwankt die Praxis: vgl. Seuffert XI. 134. 219 mit VI. 188. VIII. 38. R.)

a) L. 1 C. si adv. vend. (2, 28): Si minor annis vigintiquinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae, neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti (Alex.).

b) Auth. Sacramenta pub. C. eod.: Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti iubemus. Ueber die Veranlassung des Gesetzes s. Savigny, Geschichte des R. R. im M. A. IV. S. 162—170.

den Eid außer Wirkung gesetzt wird[c]), aber es hat die Anwendung dieses Princips auf die einzelnen Fälle dem geistlichen Richter vorbehalten; in einigen Fällen ist diese Anwendung durch die Gesetzgebung entschieden, und in diesen wird daher auch nach heutigem Recht ein nichtiges Geschäft durch den Eid gültig[d]), in allen anderen hat das Princip des canonischen Rechts durch den Wegfall der geistlichen Gerichtsbarkeit in Eidessachen, also des Subjects, das allein über seine Anwendung im Sinn des canonischen Rechts urtheilen könnte, die Anwendbarkeit verloren[e]).

β. Arrha.

§. 254.

Arrha (Handgeld, Daraufgabe) ist, was als Zeichen eines Vertrags gegeben wird. Sie kann sich auf einen künftigen Vertrag beziehen, und hat hier die Natur einer Conventionalstrafe, die der des Abschlusses sich Weigernde verliert, auch wenn dieß nicht durch eine besondere Verabredung (arrhale pactum) ausdrücklich festgesetzt ist[a]). Ist sie beim Abschluß des Vertrags gegeben, und dieß ist zu vermuthen, so hat sie eben die Bedeutung einer die Perfection bezeugenden Form[b]), nach Vollziehung des Vertrags ist sie zurückzugewähren[c]); aber sie kann überdieß durch Verabredung die Natur einer Conventionalstrafe für den Richterfüllenden erhalten, und dieß ist stets anzunehmen, wenn daneben für den Empfänger die lex commissoria (§. 263) verabredet ist[d]). Endlich kann sie mit der Intention eines Reugeldes gegeben seyn (arrha poenitentialis), so daß der einseitige Rücktritt gegen Verlust der Arrha oder ihres Werths freigestellt wird.

γ. Constitutum[a]).

§. 255.

Eine Obligatio kann dadurch bestärkt werden, daß ihre Erfüllung,

c) c. 8. 15. 28 X. de iureiur. (2, 24).

d) Eidliche Einwilligung der Frau in die Veräußerung der Totalgrundstücke, c. 28 X. eod., c. 2 eod. in VI. (2, 11); eidlicher Erbverzicht der ausgestatteten Tochter, c. 2 de pact. in VI. (1, 18).

e) S. die verschiedenen extremen Ansichten bey Glück, Comment. IV. §. 341.

a) L. 17 C. de fide instr. (4, 21), pr. I. de contr. emt. (3, 23), L. 3 C. de A. E. V. (4, 49).

b) L. 35 pr. D. de contr. emt. (18, 1).

c) L. 11 §. 6 D. de A. E. V. (19, 1), L. 5 §. 15 D. de inst. (14, 3). Eben so bey der Wiederaufhebung des Vertrags durch Uebereinkunft, L. 2 C. quando lic. ab emt. disced. (4, 45).

d) L. 6 pr. 8 D. de lege commiss. (18, 3), L. 1 C. de pact. inter emt. (4, 54).

a) Dig. XIII. 5. Cod. IV. 18: de pecunia constituta. (Bruns, das Constitutum debiti: Zeitschr. für Rechtsgeschichte (1861) I. No. 28—130. R.)

sey es schlechthin oder mit einer Modification[b]), nochmals durch einen neuen Vertrag versprochen wird, aus dem die actio de pecunia constituta oder constitutoria entspringt. Diese setzt aber die Existenz einer Obligatio[c]), civilis oder naturalis[d]), eigene des Constituenten (const. debiti proprii) oder fremde (const. deb. alieni), eigene dessen, dem constituirt wird, oder fremde[e]), voraus, die durch das Constitutum nicht aufgehoben wird[f]). Die Erfüllung des Constitutum aber tilgt auch die frühere Obligatio[g]). Eine Zahlungsfrist wird, wenn sie nicht festgesetzt ist, als ein stillschweigender Bestandtheil des Constitutum, auf nicht weniger als zehn Tage, angenommen[h]).

b. Inhalt.

§. 256.

Der Inhalt der Verträge, von denen hier die Rede ist, besteht in der Hervorbringung einer Obligatio. Er muß daher den allgemeinen Erfordernissen einer solchen entsprechen. Daher entsteht durch einen Vertrag, wodurch sich jemand eine Leistung an einen Dritten versprechen läßt, keine Forderung für jenen, also überhaupt keine Forderung, wenn er nicht als bloßes Werkzeug des Dritten den Vertrag geschlossen und diesem die Forderung erworben hat (§. 273 ff.)[a]). Der

b) L. 1 §. 5, L. 3 in f. 4. 5 pr. 13. 19 §. 1, L. 25 pr. D. h. t.

c) L. 3 §. 1. 2, L. 18 §. 1, L. 19 pr. §. 2 eod. Daher kann das Constitutum nicht eine höhere Summe enthalten, als die bestehende Obligatio, L. 11 §. 1 eod. (Im heutigen Recht jedoch ist auch das Versprechen des Ueberschusses klagbar §. 250, aber nur unter den Beschränkungen §. 258 g und nicht als Constitutum. R.)

d) L. 1 §. 6—8 eod.

e) L. 5 §. 2 eod.

f) L. 28 eod.

g) L. 18 §. 2. 3 eod.

h) L. 3 in f. 21 §. 1 eod. (Für das heutige Recht pflegt man die Bedeutung des Erfüllungsversprechens deshalb zu leugnen, weil es in der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge aufgegangen sey (Bähr, Anerkennung S. 171, Brinz, Pand. I 431), ein Argument, womit man zur Noth auch die Unanwendbarkeit aller Consensualverträge darthun könnte. — Um jedoch der Inconvenienz zu entgehen, daß der Kläger bei einer unbestimmten Schuldverschreibung den materiellen Verpflichtungsgrund beweisen müsse (§. 258 g), will Bähr (Anerkennung S. 219. 231. 251 und in den Jahrb. für Dogmatik Bd. II. No. VI und VIII) dem Constitutum die „ächte Anerkennung" durch den Schuldschein als Formalcontract substituiren. Allein Anerkennung ist nur Beweismittel, der Verpflichtungsgrund in derselben aber ist kein anderer als das Constitutum. Bruns, a. a. O. S. 122 f., Schlesinger, Formalcontracte (1858) S. 129 f. R.)

a) L. 38 §. 17 D. de V. O. (45, 1): Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipulatur. inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quo sua interest, ceterum,

Grund ist nur der Mangel eines Interesse, ohne welches eine Forderung nicht möglich ist (§. 220); wo daher ein Interesse bey der Leistung an den Dritten durch die Umstände herbeygeführt wird, entsteht auch eine Forderung aus jenem Vertrag[b]). Ein anderer Fall ist das Versprechen einer Leistung an den Acceptanten unter der Bedingung, daß die Leistung an den Dritten nicht geschehen würde (Note a).

Ein allgemeines Erforderniß des Inhalts eines Rechtsgeschäfts ist Möglichkeit der Disposition (§. 51). Eine Anwendung auf obligatorische Verträge ist die Ungültigkeit des Versprechens einer fremden Handlung, nemo alienum factum promittendo obligatur[c]). Ein anderes ist das Versprechen, eine fremde Handlung bewirken[d]), für ihre Vornahme haften[e]), im Fall ihres Ausbleibens selbst etwas leisten zu wollen[f]).

ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest. poenam enim cum stipulator quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis. Ueber den Vertrag: mihi et Titio s. L. 110 pr. eod.

b) L. 38 §. 20. 23 eod. Dahin gehört auch, wenn der Dritte nur solutionis causa adiectus ist, §. 287. (Affectionsinteresse §. 220 l; Interesse des Dritten §. 323 e. Vgl. Heyer, Abhandl. [1841] 1. Zeitschr. für Civilr. [1846]. N. F. III. 1, s. o. §. 220 l. — Modificationen in den Fällen der Stellvertretung, §. 276. Ueber den wesentlichen Unterschied beider Fälle s. Unger, die Verträge zu Gunsten Dritter (1869) S. 61. „Verträge zu Gunsten Dritter sind Verträge, durch welche nach der Absicht der Paciscenten einem Dritten in seinem Interesse unmittelbar ein Forderungsrecht bestellt oder eine Schuldbefriedigung verwirkt wird." Sie sind also 1) nur Verträge zu Gunsten und anstatt des Dritten, nicht aber ein Dienst, 2) eigene, nicht fremde Geschäfte des Contrahenten. Für das heutige römische Recht ist aber in Folge der Unabhängigkeit der Obligation von bestimmten Personen (§. 219 b) aus den Ausnahmen des römischen Rechts bei bonae fidei-Geschäften (L. 45 D. sol. matr. (24, 3), L. 7 C. de pact. conv. (5, 14) die Regel zu bilden (Unger, S. 56 f. 81 f.). Streitfrage: Nothwendigkeit des Beitritts des Dritten? s. dagegen L. 62 D. de pact. (2, 14), verglichen mit L. 27 §. 2 D. eodem. Unger, S. 64 f. Die Eigenthümlichkeit dieser Rechtsfigur besteht eben darin, daß der Dritte Gläubiger wird, ohne Promissar zu seyn. R.)

c) L. 38 pr. §. 1, L. 83 pr. eod., L. 65 D. de fidei. (46, 1): Sicut reus principalis non alias, quam si de sua persona promittat, obligatur, ita fideiussores non alias tenentur, quam si se quid daturos vel facturos promittant. Nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt, quia factum alienum inutiliter promittitur. §. 3. 21 I. de inut. stip. (3, 19). Ueber den Vertrag me et Titium Nov. 115 c. 6.

d) §. 3 I. de inut. stip. (3, 19), L. 83 pr. D. de V. O. (45, 1). Streitfrage: ob dieß heutzutage nicht immer stillschweigend zu verstehen sey? vgl. Glück, Comment. IV. S. 206 ff.

e) L. 81 pr. eod.: Quotiens quis alium sisti promittit, nec adiicit poenam, puta vel servum suum, vel hominem liberum, quaeritur an committatur sti-

§. 257.

Zur Entstehung einer Obligatio durch Vertrag ist die formelle Rechtsbeständigkeit des Versprechens und der Acceptation keineswegs hinreichend, es muß auch ein materieller Grund für die Obligirung (causa in diesem materiellen Sinn) vorhanden seyn, ein Erforderniß, welches besonders zur Sprache kommt, wenn nicht die Constituirung einer der in unserem Recht gegebenen, materiell ausgebildeten Obligationen, sondern die Verpflichtung zu einer einfachen Leistung ohne nähere materielle Beziehungen der Zweck des Vertrags ist. Ohne eine solche materielle causa debendi, die entweder Schenkung oder Vergeltung oder Erfüllung einer schon bestehenden Verbindlichkeit seyn kann, ist der Vertrag unwirksam[g]), daher denn auch eine Schuldverschreibung, in welcher die causa debendi nicht ausgedrückt ist (s. g. cautio indiscreta), zum Beweis der Schuld nicht hinreicht[h]).

---

pulatio? Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, nisi steterit poenam dari, in id quanti interest sisti contineri. Et verum est, quod Celsus ait, nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum, ut stet. L. 18. 19 D. ratam rem (46, 8), L. 5 D. de duob. reis (45, 2).

f) §. 21 I. de inut. stip. (3, 19), L. 38 §. 2 D. de V. O. (45, 1).

g) L. 7 D. de novat. (46, 2), L. 2 §. 3 D. de doli m. exc. (44, 4): — Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. L. 15 pr. D. de fidei. (46, 1), L. 1 pr. 3 D. de cond. sine causa (12, 7), v. Meyerfeldt, die Lehre von den Schenkungen §. 5. 12. Liebe, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XV. S. 207. (Diese Unwirksamkeit ist aber keine Nichtigkeit, sondern besteht blos in einer Gegenwirkung, wovon auch L. 6 C. si cert. pet. [4, 2], L. 6 D. ad S. C. Mac. [14, 6] nicht das Gegentheil sagt. Es ist durchaus nicht abzusehen, weshalb der nackte Wille, Schuldner zu werden, nach Beseitigung der Stipulation zur Begründung einer Obligatio nicht genügen sollte, da er für jede andere Vermögenszuwendung genügt. Vgl. auch Windscheid, Voraussetzung 1850 S. 198. Savigny, Obl.-R. II. §. 78. Dagegen: Schlesinger, zur Lehre von den Formalcontracten (1858) Abh. I. „Welche obligatorische Verträge sind nach römischem und nach heutigem Rech, Formalverträge? S. 113 f. welcher ausführt, daß es im heutigen Recht, mit Ausnahme des Wechsels, der Anweisung und des Inhaberpapiers, keine formale, sondern nur noch materiell individualisirte Verträge gebe. Er gründet jedoch den Satz, daß der Kläger eine causa anführen und beweisen müsse, nicht auf L. 25 §. 4 D. de probat. (22, 3), sondern auf die processualischen Erfordernisse des Klaglibells (Glossa ad L. 2 §. 3 D. de dol. m. exc. 44, 4) und läßt einen Beweis der causa durch andere Beweismittel als die Schuldurkunde zu, womit denn die privatrechtliche Wirkung der unbestimmten Schuldverschreibung wenigstens im Punkt der Verpflichtung anerkannt sein würde. R.)

h) L. 25 §. 4 D. de probat. (22, 3). (Bähr, Anerkennung S. 141 f.; Dernburg in der Heidelb. Zeitschr. III. S. 508 f., Gneist, Comm. de causae probatione stipulationis ad Pauli fr. 25 §. 1 de probat. Berol. 1858. Dieser Satz steht mit dem Recht der non numerata pecunia in Verbindung: die Praxis hatte die Be-

§. 258.

Der Inhalt eines Vertrags kann einen besonderen Charakter dadurch annehmen, daß dadurch Gewinn oder Verlust je nach der Gestaltung eines ungewissen Umstands nicht blos eintreten kann, sondern beabsichtigt wird. Dieser eigenthümliche Inhalt eines Vertrags heißt alea, ein Ausdruck, der indessen vorzugsweise für die zweite der nachher unterschiedenen Classen von Geschäften gebraucht wird. Wir nennen diese Geschäfte gewagte, und Verträge verschiedenster Art können diesen Charakter erhalten[i]). Zwey Gattungen von gewagten Geschäften sind zu unterscheiden: 1) solche, die nicht principaliter um der Wagniß willen geschlossen werden, sondern für einen nicht lucrativen Zweck, der sich nur unter den gegebenen Umständen nicht anders realisiren läßt. Dahin gehören die Verträge über ungewisse Sachen, sey ihre Existenz (s. g. pactum spei) oder blos ihre Quantität (s. g.

---

weislast des Darlehnsgläubigers auf alle Schuldurkunden ausgedehnt, L. 13 C. de non num. pec. [4, 30], Justin hob dieß auf, wenn die causa angeführt ist, das argumentum a contrario dieser Bestimmung enthält unsere Stelle. Allein sie beschränkt sich 1) auf die Condiction einer indebite (nicht sine causa) ausgestellten Schuldverschreibung; 2) der Beweis des Gläubigers braucht nicht nothwendig auf eine Verpflichtung des Ausstellers gerichtet zu sein, er kann auch auf Schenkung oder Gegenleistung gehen; 3) die cautio indiscreta ist nicht werthlos, sie beweist wenigstens die Schuld: ihre causa kann auf andere Weise dargethan werden. Vgl. Schlesinger S. 61, Bruns, constitutum debiti, Zeitschr. für Rechtsgesch. I. 128 f. Vgl. auch Code Nap. art. 1132 „La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée." Der Satz des §. 4 ist, scheinbar verallgemeinert, wiederholt in c. 14 X de fide instr. (2. 22) si cautio, quam a te indebiti proponis expositam, indeterminate loquatur: adversarius tuus tenetur ostendere debitum, quod continetur in ea. Sed si causam, propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuae statur: nisi probaveris, te id indebite promisisse. — Ein von der causa als Bestimmungsgrund verschiedener Begriff ist 1) causa als Beweggrund (causa externa et antecedens: Cic. de fato 11, 24), 2) causa als Voraussetzung (Tit. Dig. 12, 7 de condictione sine causa), 3) causa als Gegenleistung (L. 7 §. 2 D. de pact. 2, 14), Tit. Dig. (19, 5) praescriptis verbis. Vgl. Windscheid §. 318. R.)

i) Darum eben, weil diese Eigenschaft nur Modification eines Vertrags: Kaufs, Darlehens, Stipulation rc. ist, gehört diese Lehre hieher oder auch zu den einzelnen Verträgen, die mit dieser Modification vorkommen, nicht unter eine besondere Rubrik der einzelnen Obligationen. Pfordten (civ. Abhandl. S. 327 ff.) giebt dieß nicht zu in Beziehung auf die eigentlichen Glücksverträge, nämlich Spiele und Wetten, weil diese nicht blos Modificationen anderer Verträge seyen; aber, wie ich glaube, mit Unrecht, denn auch die emtio spei kann ein s. g. eigentlicher Glücksvertrag seyn, wenn z. B. eine bevorstehende Ausbeute aus reiner Lust zu Wagniß oder Glücksgewinn gekauft oder verkauft wird. Ich halte es daher auch für unrichtig, Ausspielgeschäfte zu einer anderen Species von Verträgen zu machen.

pactum rei speratae) das Gewagte [k]), unter jener Voraussetzung[l]), ferner die Versicherungsverträge[m]), auch Ausspielgeschäfte können hieher zu ziehen seyn. 2) Verträge, bey denen das Wagniß von Gewinn und Verlust der einzige materielle Zweck ist, Wetten und Spiele[n]). Aus einem solchen Vertrag findet keine Klage gegen den Verlierenden Statt[o]), ausgenommen wenn die Landesgesetze ein Spiel (nicht blos für straflos, sondern) für ein Rechtsgeschäft erklärt haben[p]). Auch das schon Gezahlte kann, wenn es in einem nicht erlaubten Spiel verloren worden ist, innerhalb fünfzig Jahren zurückgefordert werden[q]).

2. Pollicitationen[a]).

§. 259.

Nur ausnahmsweise hat ein bloßes Versprechen ohne Acceptation die Wirkung einer Obligatio. Die einzelnen Fälle sind: 1) Versprechen zu Gunsten einer respublica[b]), welches von einem Gegenwärtigen geschehen[c]), und (auch mit dem animus donandi) auf einem Grund beruhen muß, der ein hinlängliches Motiv für dasselbe bildet, so aber, daß der Mangel dieses Grunds durch den Anfang der Aus-

---

k) L. 8 pr. §. 1 D. de contr. emt. (18, 1), L. 7. 11 D. de hered. v. act. vend. (18, 4), L. 11 in f. 12 D. de A. E. V. (19, 1).

l) Z. B. es verkauft jemand die künftige Ernte, weil er jetzt Geld bedarf, oder es wird bey einer Auseinandersetzung eine ungewisse Forderung zum Hoffnungswerth übernommen. Vgl. Note i.

m) Vgl. §. 304.

n) Dig. XI. 5. Cod. III. 43: de aleatoribus (et alearum lusu). (Thöl, Verkehr mit Staatspapieren 1835. S. 237 f. 260 f., Pfordten, Abhandl. S. 317 f., Wilda, Zeitschr. für deutsches Recht II. S. 133 f. VIII. 8 [1843], Schwarze und Heyne, Untersuch. practisch wichtiger Materien 1841 S. 84 f., v. Vangerow, Leitfaden III. 496 f. [1847]. R.) Spiele sind Complexe von zusammenhängenden Wetten. Dieser Unterschied zwischen Wetten und Spielen kann eine Verschiedenheit der polizeilichen, aber nicht der civilrechtlichen Behandlung begründen, immer vorausgesetzt, daß die Wette nicht blos die Form eines der in die erste Classe gehörigen Geschäfte ist.

o) L. 17 §. 5 D. de praescr. verb. (19, 5) spricht nur von einer Klage gegen den Dritten, bey dem die Einsätze deponirt worden sind.

p) Ueber die verschiedenen Ansichten s. Glück, Comm. XI. §. 759, Mühlenbruch, Lehrb. §. 424. 425, Eichhorn, D. Privatr. §. 110, Wilda, Zeitschr. für Deutsches Recht II. S. 142 ff., Mittermaier, D. Privatr. 297. 298.

q) L. 1. 3 C. de aleat. (8, 43).

a) Dig. L. 12: de pollicitationibus. Vgl. L. 19 §. 2 D. de aed. ed. (21, 1).

b) L. 1 pr. 3 §. 1 D. h. t.

c) L. 5 eod. Bestritten von Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. u. Civilpr. I. 19.

führung dessen, was nach dem Versprechen geschehen soll, ersetzt wird[d]). Ist die Pollicitation schenkungsweise geschehen, so kann sich der Pollicitant mit dem fünften Theil seines Vermögens, eben so seine Erben mit dem fünften Theil der Erbschaft, seine Kinder schon mit dem zehnten loskaufen[e]). 2) Versprechen zum Besten der Kirche, überhaupt zu einem frommen Zweck, votum[f]). 3) Versprechen, wodurch eine Dos bestellt wird (§. 415). 4) Auslobung, d. h. Versprechen an eine noch ungewisse Person für eine Leistung, die von ihrer Seite geschehen würde[g]). Die Obligatio entsteht natürlich erst, wenn auch ein Gläubiger existirt, dieß geschieht durch die Leistung, aber auch, ihre nachherige Vollendung vorausgesetzt, schon durch die Vorbereitung derselben mit Rücksicht auf die erfolgte Auslobung. Bis dahin kann das Versprechen widerrufen werden.

d) L. 19 pr. D. de donat. (39, 5), L. 1 §. 1—5, L. 3 pr. 4. 7 D. h. t. (50, 12). Vgl. §. 68 Note c.

e) L. 6 pr. 9. 14 eod.

f) L. 2 eod. Die nähere Ausbildung dieses Instituts fällt in das canonische Recht.

g) Vgl. v. Bülow, Abhandl. über einz. Mat. des bürg. R. (1817) I. 11. Andere halten es blos für Einleitung zu einem Vertrag, nach L. 15 D. de praescr. verb. (19, 5), die aber von dem Vertrag mit einer von Anfang an bestimmten Person handelt. (Savigny, Obl.-R. II. §. 61 f., Ihering, Jahrb. für Dogmatik IV. [1861] S. 93—106, Schütze, die Auslobung im Jahrb. des gem. deutschen Rechts V. S. 33 ff. [1861], Sintenis II. §. 96 Note 58, Kuntze zu Holzschuher III. S. 297—302, Arndts §. 241 Anm. 3, Windscheid §. 309 Anm. 3. 10. Die Festsetzung eines Angeberlohns (indicium) kommt in Gesetzen und in der Staatspraxis vor. Dies hat zunächst die Frage veranlaßt, ob die Privatauslobung in gleicher Weise erlaubt sey? vergl. im Allgemeinen Savigny, Obl.-R. II. (1852) §. 61 S. 88 f., Preuß. Ldr. 1, 11 §. 9. Während jedoch der übereinstimmende Gebrauch aller Völker und Zeiten in dieser Richtung jedes Bedenken fern hält (vgl. Tzschirner, de indole ac natura promissionis popularis „Auslobung" quam vocant. Berol. 1869 pag. 1—2. 30—68), erscheint der Rechtsgrund der Verbindlichkeit um so zweifelhafter. An einer gesetzlichen Anerkennung fehlt es: L. un. C. de suffragio (4, 3) setzt einen Vertrag voraus, L. 43 §. 8. 9 D. de furt. (47, 2), L. 4 §. 4 D. de cond. ob turpem (12, 5) beziehen sich auf den Fundlohn (εὕρετρον), vgl. Delbrück, Jahrb. für Dogm. 3, 1, Paul. sent. 2, 31. 24 redet allgemein und hat keine gesetzliche Autorität. Man hat daher, um die Lücke auszufüllen, ein neueres Gewohnheitsrecht annehmen wollen. Seuffert, Archiv IX. 274, XI. 217. Nach der Ausführung von Tzschirner pag. 69 f. bedarf es jedoch dieses Auswegs nicht, vielmehr genügen überall die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Die Auslobung ist keine einseitige dictio oder Pollicitation, wie Kuntze zu Holzschuher III. (1864) pag. 297 f. behauptet, eben so wenig ein Versprechen mit der bindenden Kraft einer Obligatio, die gleichwohl erst entstünde, wenn ein Gläubiger existirt, wie der Vf. im Texte annimmt. Sie enthält vielmehr, ähnlich der Subhastation und kaufmännischen Offerte, nur eine Vertragsproposition mit einer Bedingung, und zwar nicht sowohl an eine objectiv unbestimmbare incerta persona, als vielmehr

3. Quasicontracte[a]).

§. 260.

Es giebt Rechtsgeschäfte, welche Obligationen hervorbringen, ohne daß gerade diese rechtliche Wirkung in der Absicht der Handelnden zu liegen braucht, wie z. B. Uebernahme einer Vormundschaft, negotiorum gestio, Erbschaftsantritt. Die Handelnden werden, unter den gehörigen Voraussetzungen, durch das Rechtsgeschäft obligirt, wie wenn dieß ihre Absicht gewesen wäre, also wie wenn das Rechtsgeschäft ein contractus wäre, sie werden quasi ex contractu obligirt, und ihre Obligationen werden den Contractsobligationen analog behandelt.

4. Unerlaubte Handlungen[a]).

§. 261.

Durch unerlaubte Handlungen können eigene Obligationen zwischen den Thätern und den Verletzten entstehen, es können aber auch bestehende obligatorische Verhältnisse dadurch modificirt werden (§. 264). Die ersten gehören hierher, sie heißen Delicte. Analoge Obligationen (quasi ex delicto) entstehen in einigen Fällen ohne Delict oder wenigstens ohne ein Delict des Verpflichteten. Die objective Voraussetzung eines Delicts ist eine Rechtsverletzung, die dadurch geschehen ist, daher kann die Ausübung eines Rechts (wenn nur die Handlung wirklich sich in diesen Gränzen hält) kein Delict sein[b]), die subjective die Verschuldung dieses rechtswidrigen Erfolgs (culpa im weitern Sinn).

---

an jeden aus dem Volke oder Volkskreise, der zur Erreichung des beabsichtigten Zwecks beitragen kann. Die verbindende Kraft tritt daher erst mit der Annahme ein. Diese fällt aber nicht nothwendig mit der Erfüllung der Bedingung zusammen. Bei Preisbewerbungen kann also für die Vorbereitung keine Entschädigung gefordert werden, weil für die Prämie, welche deren Stelle vertritt, nur noch erst ein bedingter Gläubiger existirt. Dagegen ist der Widerruf dem Acceptanten gegenüber schon durch die Kunde der Acceptation ausgeschlossen Tzschirner p. 120 f. Hiernach ist das im Text Gesagte zu modificiren. Eines öffentlichen Widerrufs, wie ihn einige neuere Gesetzentwürfe verlangen, bedarf es gemeinrechtlich nicht. R.)

a) Inst. III. 27: de obligationibus quasi ex contractu.

a) Inst. IV. 1: de obligationibus, quae ex delicto nascuntur. IV. 5: de obl., quae quasi ex del. nasc. Dig. XLVII. 1: de privatis delictis.

b) L. 151 D. de R. I. (50, 17): Nemo damnum facit nisi qui id fecit, quod facere ius non habet. L. 55 eod.: Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur. L. 55 §. 1 eod. Anwendung auf Nothwehr und Selbstvertheidigung: L. 4. 5 pr. 29 §. 1. 3, L. 45 §. 4, L. 49 §. 1 D. ad L. Aquil. (9, 2), L. 1 §. 27. 28, L. §. 9 D. de vi (43, 16).

Die Verschuldung aber schließt theils eine Handlung in sich, die den Erfolg verursacht hat[c]), theils das Verhältniß der Zurechnung zwischen dem Handelnden und dem Erfolg. Dieses Verhältniß kann bey allen Delicten darin bestehen, daß die Absicht des Handelnden auf den rechtswidrigen Erfolg ging, dolus, und viele Delicte lassen sich ohne Dolus gar nicht denken; bey manchen aber ist auch schon das Verhältniß der Fahrlässigkeit, culpa im engern Sinn, hinreichend, um die obligatio ex delicto zu begründen, und zwar dann in der Regel auch die geringste, für die überall ein Mensch vernünftiger Weise verantwortlich gemacht werden kann[d]).

Aus den Delicten entsteht 1) eine Obligatio auf Schadensersatz (§. 225), dieß ist der Fall bey allen Delicten, welche eine Vermögensbeschädigung enthalten; 2) eine Obligatio auf eine Strafe, die dem Verletzten von dem Thäter zu leisten ist (§. 230), und durch welche das Delict zu einem delictum privatum wird. Der Schadensersatz, wie viele Klagen deshalb auch zustehen mögen, kann stets nur einmal erlangt werden (§. 87 vgl. §. 233); mehrere Strafen aus mehreren Delicten (von derselben oder mehreren Personen) an demselben Gegenstand schließen einander nicht aus (§. 87)[e]), eben so wenn eine Privat-

c) Regelmäßig eine positive Handlung, culpa in faciendo; ein Unterlassungsdelict setzt die Verpflichtung zu einer Thätigkeit ohne Obligatio voraus, die Unterlassung einer Thätigkeit, zu der jemand durch eine Obligatio verpflichtet war, ist eine Verletzung dieser Obligatio (§. 264), kein Delict.

d) L. 44 pr. D. ad L. Aquil. (9, 2): In lege Aquilia et levissima culpa venit. L. 31 eod.: Si putator, ex arbore cum ramum deiiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi; culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter, fieret, cum plerumque per privata vulgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum duntaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem, nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

e) Auch in dem Fall, wenn dieselbe Handlung unter den Begriff mehrerer Delicte fällt, nach der Ansicht Papinian's und Ulpian's, L. 11 §. 2 D. de servo corr. (11, 3), L. 60 D. de O. et A. (44, 7), L. 2 §. 10 D. vi bon. rapt. (47, 8), L. 15 §. 46 D. iniur. (47, 10), L. 6 D. ad L. Iul. de adult. (48, 5), die im justinianischen Recht recipirt ist, L. 32 D. de O. et A., L. 20 C. de furt. (6, 2); entgegengesetzter Meinung waren Paulus und Modestinus, L. 34 pr. 53 pr. D. de O. et A. Savigny, System V. §. 234. (Dagegen: Vangerow, Leitfaden III. §. 572 [1847], welcher die Meinung des Paulus für die von Justinian gebilligte hält. R.) In Beziehung auf die Concurrenz von actio furti und vi bonorum raptorum hat die zweite Ansicht noch einen besonderen Grund in der Intention,

strafe und eine öffentliche concurriren, vorausgesetzt nur, daß es verschiedene Delicte sind, auf welche die actio und accusatio sich gründen, obwohl sie durch dieselbe Handlung begangen worden sind[f]), denn wenn es dasselbe Delict ist, welches auf dem Civilweg und auf dem criminellen verfolgt werden kann, schließt eine Strafe die andere aus[g]).

5. Entstehung der Obligationen durch Zustände.

§. 262.

Die Fälle, wo eine Obligatio durch einen Zustand, in dem sich der Verpflichtete befindet, ohne eine Handlung, welche der Grund der Verpflichtung wäre, entsteht, z. B. durch Miteigenthum, Miterbrecht, Besitz, Bereicherung, Verwandtschaft, haben eine besondere Bedeutung dadurch, daß durch diese Gründe auch Handlungsunfähige verpflichtet werden können[a]).

B. Modification bestehender Obligationen.

1. Durch Verabredung.

§. 263.

Obligationen können während ihres Bestehens, also ohne daß sie aufgehoben werden, Veränderungen erleiden, so daß die Forderung noch auf etwas anderes geht, als worauf sie ihrer ursprünglichen Intention nach gerichtet war. Der Grund dieser Modification kann vor allem in dem Willen der Subjecte selbst liegen, der unter gewissen Voraussetzungen einen Zusatz zu dem ursprünglichen Inhalt beliebt hat. Diese Verabredungen, wodurch nicht eine besondere, nur in Beziehung auf eine schon bestehende gestellte Obligatio constituirt, sondern der Inhalt einer bestehenden erweitert wird, heißen pacta adiecta. Einer näheren Auseinandersetzung bedürfen folgende, die ein Recht auf Wiederaufhebung des Hauptvertrags begründen sollen:

---

mit welcher die letztere Klage eingeführt worden ist, für sich, L. 88 D. de furt. (47, 2).

f) L. un. C. quando civilis actio criminali praeiudicet et an utraque ab eodem exerceri possit (9, 31), L. 23 §. 9 D. ad L. Aquil. (9, 2). Dahin gehört auch L. 9 §. 5 D. de publican. (39, 4).

g) L. 3 D. de priv. del. (47, 1). L. 56 §. 1, L. ult. D. de furt. (47, 2), L. 2 §. 1 D. vi bon. rapt. (47, 8), L. 6. 7 §. 1 D. iniur. (47, 10).

a) L. 46 D. de O. et A. (44, 7).

1) Das s. g. pactum displicentiae, wodurch einem Contrahenten die willkürliche Aufhebung des Geschäfts gestattet wird[a]). Ist nichts anderes festgesetzt, so ist die Ausübung auf die Zeit von sechzig Tagen (dies utiles) beschränkt[b]).

2) In diem addictio[c]), die Verabredung, wodurch ein Contrahent, oder auch beide[d]), berechtigt wird, in dem Fall, daß sich innerhalb einer gewissen Zeit ein besserer Contrahent finden würde, diesen zuzulassen (adiectionem admittere) und sonach den Vertrag mit dem früheren aufzuheben, wofern dieser nicht durch Uebernahme derselben Bedingungen sich in dem Vertrag erhalten will[e]). Die Ausübung des Rechts hat die Wirkung einer Bedingung, und zwar ist die Verabredung im Zweifel als Resolutivbedingung zu behandeln[f]). Der Eintritt der Bedingung fordert die Existenz eines neuen Contrahenten mit vortheilhafteren Anträgen[g]) und die Annahme desselben durch den Berechtigten, also bey mehreren Theilnehmern an dem Vertrag durch alle[h]).

3) Lex commissoria[i]), die Verabredung, daß der Contrahent, zu dessen Gunsten sie getroffen wird, wenn der andere seine Verbindlichkeiten aus dem Geschäft nicht rechtzeitig erfülle, berechtigt seyn solle, das Geschäft als nicht geschlossen zu behandeln[k]). Ist der Fall eingetreten, wozu eine Mahnung nicht nöthig ist[l]), und der Berechtigte

---

a) L. 3 D. de contr. emt. (18, 1), L. 6 D. de resc. vend. (18, 15), L. 2 §. 5 D. pro emt. (41, 4).

b) L. 31 §. 22 D. de aed. ed. (21, 1).

c) Dig. XVIII. 2: de in diem addictione.

d) L. 9 eod.

e) L. 1. 7. 8 eod.

f) L. 2—4 §. 5, L. 6 eod. (Ueber L. 6 §. 1 s. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. V. 2 Nr. 8 [1848]. — Daß die beym Kaufvertrage vorkommenden Resolutivbedingungen die Vindication ipso iure zulassen, während das Eigenthum im alten Recht ein dauerndes Recht ist und die Mancipation keine Bedingung erlaubt, erklärt sich daraus, daß durch den Eintritt jener Bedingungen die exceptio rei venditae et traditae beseitigt wurde. Vgl. L. 29 D. de m. c. d. 39, 6, v. Scheurl, zur Lehre von den Nebenbestimmungen §. 67 S. 23b. R.) L. 2 §. 4 D. pro emt. (41, 4).

g) L. 4 §. 6, L. 5 D. in diem add. (18, 2). Wiederholung der Bedingung bey dem neuen Contract, L. 11 pr. eod.

h) L. 11 §. 1, L. 12. 13 eod.

i) Dig. XVIII. 3: de lege commissoria. (Burckhard, zur Lehre von der lex commissoria. Rechtsfall: Archiv für die civ. Pr. LI. N. F. I. (1868) No. XII. XVII. R.)

k) L. 1. 4 pr. eod.

l) L. 4 §. 4 eod.

wählt die Ausübung der ihm gegebenen Befugniß, was von ihm abhängt (nur daß er durch nachherige Annahme der Leistung auf dieses Recht verzichtet)[m]), so verliert der Säumige seine Ansprüche aus dem Geschäft, und muß restituiren, was er erhalten, ohne das zurückzubekommen, was er schon gegeben hat[n]). Verliert er dadurch einen Theil seiner Leistung, den er schon gegeben hatte, so kann er bey der Restitution des Empfangenen die gezogenen Früchte zurückbehalten[o]).

2. Durch Verletzung.

a. Dolus und Culpa[a]).

§. 264.

Eine unerlaubte Handlung, positive oder Unterlassung, kann sich als Verletzung einer Verbindlichkeit, die dem Handelnden vermöge einer besonderen Obligatio obliegt, darstellen; ihre Folgen werden hier mit der Klage aus dieser Obligatio geltend gemacht, nicht mit einer eigenen Klage, wie es der Fall ist, wenn die Handlung als Delict, mithin als Quelle einer selbstständigen Obligatio erscheint.

Diese Modification bestehender Obligationen durch unerlaubte Handlungen hat eine doppelte Voraussetzung: 1) die objective, daß eine aus dieser Obligatio entspringende Verbindlichkeit verletzt ist, durch Thätigkeit oder Unthätigkeit (culpa in faciendo und in non faciendo); nach der Beschaffenheit und dem Inhalt der Obligatio wird die Möglichkeit einer solchen Verletzung, und somit die Anwend-

m) L. 2. 3. 6 §. 2, L. 7 eod.

n) L. 4 pr. 6 pr. §. 1 eod.

o) L. 4 §. 1 eod.: Sed quod ait Neratius, habet rationem: ut interdum fructus emtor lucretur, cum pretium, quod numeravit, perdidit. Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit. Vgl. L. 8 eod., L. 1 C. de pact. inter emt. (4, 54). Abweichende Meinungen (s. Glück, Comment. XVI. S. 289 ff.): 1) das Geleistete könne zurückgefordert werden, wenn es nicht als Arrha gegeben sey; 2) es könne überall zurückgefordert werden, wenn nicht das Gegentheil besonders verabredet sey; 3) der Leistende habe die Wahl zwischen der Zurückforderung und der Compensation mit den von ihm gezogenen Früchten.

a) H. Donellus, Comment. XVI. 6. 7, v. Löhr, die Theorie der Culpa 1806, Beiträge zur Theorie der Culpa 1808, Hasse, die Culpa des röm. Rechts 1815, 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg 1838. (Mommsen, Beitr. zum Obligationenrecht III. S. 374 f. [1855], vgl. Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 278 bis 284. R.)

barkeit der folgenden Lehre größer oder geringer seyn[b]); 2) die subjective der Zurechnung, also Verletzung durch Dolus oder Culpa.

§. 265.

Vor allem haftet jeder Schuldner für die Verletzung seiner Verbindlichkeiten durch rechtswidrige Absicht, dolus; von dieser Haftung kann er nicht einmal durch Vertrag befreit werden, da dieser gegen die gute Sitte wäre, und sie ist daher von einer allgemeinen Verabredung der Nichthaftung stets ausgenommen, nur schließt dieß natürlich nicht den Erlaß der Ansprüche wegen eines vergangenen Dolus aus[c]). Gleichgestellt aber ist dem Dolus in Beziehung auf die Haftung eine Verletzung durch grobe Fahrlässigkeit oder Unvorsichtigkeit, culpa lata (§.266)[d]); als solche wird auch eine absichtliche Verletzung qualificirt,

b) Sie verschwindet z. B. ganz bey der einfachen Obligatio auf das Geben einer bestimmten Geldsumme, wie sie aus dem Darlehen entspringt, es fehlt hier an einem Gegenstand, auf den der Schuldner zum Nachtheil des Gläubigers einwirken könnte. Ferner wenn seine Verbindlichkeit sich streng und wörtlich auf das Geben einer individuellen Sache beschränkt, so kann der Mangel sorgfältiger Bewahrung ꝛc. nicht als Pflichtverletzung betrachtet werden, L. 91 pr. D. de V. O. (45, 1): Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit, si quidem occidat eum promissor, expeditum est, sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor, considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia, qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. Die umfassendste Anwendung findet die Lehre von der Culpa in Contractsverhältnissen bey den römischen bonae fidei obligationes.

c) L. 23 D. de R. I. (50, 17), L. 27 §. 3. 4 D. de pact. (2, 14), L. 17 pr. D. commod. (13, 6), L. 1 §. 7 D. depos. (16, 3), L. 6 §. ult., L. 11 §. 15 D. de A. E. V. (19, 1). Die gewöhnliche Behauptung, daß für den Erlaß eines vergangenen Dolus specielle Kenntniß seiner Verübung erforderlich sey, besonders wegen L. 14 §. 9 D. de aed. ed. (21, 1): Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo, quod convenit, remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus, nisi sciens venditor morbum consulto reticuit; tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem — ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Vgl. überhaupt z. B. Glück, Comment. VI. §. 320.

d) L. 226 D. de V. S. (50, 16): Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. L. 1 §. 1 D. si mensor (11, 6): Haec actio dolum malum duntaxat exigit — Lata culpa plane dolo comparabitur. L. 32 D. de depos. (16, 3): Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus,

wenn die Absicht nicht auf das eigentlich Rechtswidrige an dem (
folg ging, der Verletzung also ein nicht rechtswidriges Motiv
Grund lag[e]).

§. 266.

Die culpa im eigentlichen Sinn, Fahrlässigkeit und Unvorsicht keit, besteht in der Vernachlässigung der Behutsamkeit, Sorgfa Vorsicht, durch deren Anwendung ein Nachtheil abgewendet wort wäre. Wie verschiedene Grade der Vorsicht und Sorgfalt, so gi es verschiedene Grade der Culpa; die Größe dieser steht zur Grö jener, deren Nichtanwendung sie ist, im umgekehrten Verhältniß. E absolutes Maß für das Verhalten einer Person in obligatorischen V hältnissen geben 1) die Vorsicht und Behutsamkeit eines gewöhnlich Menschen ohne besondere Geisteseigenschaften, 2) die Sorgfalt ein Menschen, der die Eigenschaften eines sorgsamen und verständig n Hausvaters besitzt, diligentia schlechthin, diligentia diligentis patri familias, diligentia quam debent homines frugi et diligentes pra stare. Eine geringere Vorsicht als die erste ist nicht denkbar, ihre Vernachlässigung ist die gröbste Culpa, die culpa lata, die unmittelbar an den Dolus gränzt (dolo proxima), und diesem gleich behandelt wird (§. 265)[f]). Eben so kann von niemandem vernünftigerweise eine größere Sorfalt gefordert werden als die zweite, ihre Vernachlässigung ist daher die geringste Culpa, für die jemand verantwortlich gemacht werden kann, die culpa levis (culpa schlechtweg dem Dolus gegenüber), diese levis ist zugleich die levissima (§. 261 Note d), sie gränzt unmittelbar an den Zufall, das Verhältniß der Nichtzurechnung, und wer sie prästirt, prästirt omnem culpam[g]). So kann es

---

diligentiam praestabit. (Die Zurücksetzung braucht nicht absichtlich geschehen zu seyn: Windscheid, Hdlb. kr. Ztschr. III. S. 281 f. R.)

e) L. 7 §. 7 D. de dolo m. (4, 3), L. 7 pr. D. depos. (16, 3), L. 8 §. 10 D. mand. (§. 55 Note a).

f) L. 213 §. 2 D. de V. S. (50, 16): Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt. L. 29 pr. D. mand. (17, 1) — — videtur dolo versari, dissoluta enim negligentia prope dolum est —. L. 22 §. 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1): — culpae plane reddere rationem, sed eius, quae dolo proxima est — — si, cum distrahere deberet, non fecit, lata culpa non levi et rebus suis consueta negligentia —. (Mommsen, Beitr. III. S. 247 stellt die grobe Nachlässigkeit unter den Begriff des unentschuldbaren Irrthums, s. dagegen Windscheid a. a. O. III. S. 278—280. R.)

g) L. 11 D. de peric. et comm. (18, 6): Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit, quia (Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß N. F. IV. [1848] S. 281. 282 verbessert

daher nur zwey Grade der Culpa geben, lata und levis, denn auch zwischen ihnen läßt sich kein Drittes denken. Jeder weitere Unterschied in der Haftung betrifft nicht die Culpa selbst, sondern die Art der Thätigkeit, zu der jemand durch ein obligatorisches Verhältniß verpflichtet ist. Dahin gehört namentlich die custodia, Sicherung der Sache gegen Abhandenkommen, wer custodiam prästirt, prästirt nichts anderes als diligentiam, oder diligentiam in custodiendo[h]).

Eine von der bisher dargestellten Beurtheilung abweichende Behandlung der Zurechnungsfrage tritt da ein, wo ausnahmsweise statt eines absoluten, ein relatives Maß an das Verfahren einer Person gelegt wird, nämlich die Art und Weise, wie sie in ihren eigenen Angelegenheiten zu handeln pflegte, diligentia quam suis rebus adhibere solet[i]). Ihre Vernachlässigung kann sich unter Umständen als culpa lata qualificiren, wo nämlich dadurch der Verdacht einer rechtswidrigen Absicht entsteht[k]), sonst fällt sie als Vernachlässigung einer diligentia unter die Bezeichnung culpa levis (relative culpa levis im Gegensatz zur Unterlassung der absoluten diligentia)[l]).

quia [warum? also = quare] — potest? Arndts, daselbst VIII. [1850] 101 quid? oder quin?, die Motivirung der Entscheidung ist aber auch ohne Emendation verständlich: Ribling, daselbst IX. [1851] No. 11. R.) sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodiends, quam debent homines frugi ac diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. L. 13 §. 1 D. de pign. act. (13, 7): Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. L. 14 eod.: Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. §. 4 I. quib. mod. re (3, 15), L. 31 D. ad L. Aquil. (§. 261 Note d).

h) L. 10 §. 1 D. commod. (13, 6), L. 52 §. 3 D. pro soc. (17, 2), L. 31 pr. D. de A. E. V. (19, 1), L. 12 pr. 14 §. 6. 10. 12 D. de furt. (47, 2), Gai III. 207. Controverse: ob der, welcher custodiam prästiren muß, für die geschehene Entwendung schlechthin einsteht? Entscheidungen des geschriebenen Rechts: die Frage wird bejaht bey ausdrücklicher Uebernahme der custodia, §. 3 I. de emt. (3, 23), bey dem Depositar werden von der durch ihn besonders übernommenen custodia nur die casus fortuiti ausgenommen, L. 1 §. 35 D. depos. (16, 3), der Pfandgläubiger, der Miether haftet nicht, wenn die Sache ohne seine Schuld entwendet worden ist, L. 14 §. 6. 12 D. de furt., bey dem Commodatar wird schlechthin vorausgesetzt, daß er für den Diebstahl hafte, L. 14 §. 10. 15 eod., eben so bey dem Socius, der eine Sache mit Aestimation übernommen hat, L. 52 §. 3 D. pro soc.

i) Vgl. Hasse, Culpa Kap. 5—7, Thibaut, Archiv für civ. Praxis IX. S. 95—98.

k) L. 32 D. depos. (§. 265 Note d). L. 22 §. 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

l) L. 18 §. 1 D. sol. matr. (24, 3), §. 267 Note t.

§. 267.

Einer ihm obliegenden Verbindlichkeit kann jemand zuwiderhandeln durch Thätigkeit (culpa in faciendo) und durch Unthätigkeit (culpa in non faciendo). Im ersten Fall muß jeder jede Culpa präſtiren, ſoweit er auch ſchon außer dem obligatoriſchen Verhältniß, in dem er ſteht, dafür haften würde[m]). Im zweiten Fall, vorausgeſetzt, daß die Unthätigkeit wirklich eine Pflichtverletzung iſt (§. 264), gilt ebenfalls das Princip der Präſtation von dolus und culpa (levis)[n]), die Thätigkeit alſo, zu welcher jemanden eine Obligatio verpflichtet, iſt als diligentia zu beſtimmen, und zwar regelmäßig als diligentia diligentis patrisfamilias, doch iſt es der Natur gewiſſer Fälle angemeſſen, den Anſpruch auf diligentia in suis rebus zu reduciren; dieß geſchieht in Gemeinſchaftsobligationen[o]), in der Obligatio des Ehemanns rückſichtlich der Dos und der ſeiner Verwaltung überlaſſenen Paropherna[p]), in der Obligatio des Vormunds aus der Vormundſchaft[q]). Das Princip der Präſtation von culpa levis erleidet eine Ausnahme in Fällen, wo nur ein unvollkommenes obligatoriſches Band exiſtirt, nämlich bey dem Precarium[r]), und der Verpflichtung zu Dienſten, die in der Ausübung einer Wiſſenſchaft und Kunſt beſtehen[s]), ſodann aber auch der Billigkeit gemäß für den, welcher keinen Vortheil von dem obligatoriſchen Verhältniß hat; hier iſt die Haftung auf dolus und culpa lata beſchränkt[t]). Aber dieſe billige Rückſicht

m) L. 18 §. 1 D. commod. (13, 6), L. 10 pr. D. comm. div. (10, 3). (Durch Vertrag kann die Culpa gemindert und ſowohl die aquiliſche als die Contractsklage beſeitigt werden. L. 27 §. 29 D. ad L. Aquil. [9, 2]. Schnell, de culpa, quae dicitur legis Aquiliae in obligationibus praestanda. 1845. R.)

n) Vgl. Bethmann-Hollweg, über die Claſſification der Contracte in Beziehung auf Culpa, in der 2. Ausg. von Haſſe's Culpa, Anhang IV.

o) L. 72 D. pro soc. (17, 2), L. 25 §. 16 D. fam. erc. (10, 2).

p) L. 17 pr. D. de iure dot. (23, 3), L. ult. C. de pact. conv. (5, 14). (Huſchke, Zeitſchr. für Civilr. und Proceß V. [1848] 2 Num. 10. R.)

q) L. 1 pr. D. de tut. act. (27, 3), vgl. §. 347 Note e.

r) L. 8 §. 3, L. 14 D. de precar. (43, 26).

s) L. 1 §. 6 D. si mensor (11, 6).

t) Vgl. L. 108 §. 12 D. de leg. I. (30): Cum quid tibi legatum fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato alioquin etiam culpam te mihi praestare debere, existimavit, sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, si unius solius, dolus malus solummodo praestetur. L. 5 §. 2 D. commod. (13, 6): Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Etquidem in contractibus interdum

tritt außer Anwendung für den, welcher sich für ein Geschäft aufdringt oder unaufgefordert anbietet[u]), und für den, welcher die Führung fremder Angelegenheiten auf sich nimmt[v]), diese also präſtiren culpa levis.

Die Beweislaſt in Beziehung auf die Culpa hängt davon ab, ob der Anspruch des Ersatzforderndeu sie zu seinem Grund hat (wie dieß bey den Delictsklagen der Fall ist), oder sein Grund ein anderer, eine

---

dolum solum, interdum et culpam praestamus, dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus; nisi forte et merces accessit, tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur, aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. L. 18 pr. eod.: In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum, hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res. At si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisse et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio sicut in rebus pignori datis (societatis?) et dotalibus aestimari solet. L. 23 D. de R. I. (50, 17): Contractus quidam dolum malum solum recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium, dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum; item dotis datio, tutelae, negotia gesta, in his quidem et diligentia, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus in singulis contractibus, nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. Vgl. Huschke, Rhein. Museum VII. S. 74 ff. (— locatum, negotia gesta, in his quidem et diligentia praestatur; item dotis datio, tutela, societas —).

u) L. 1 §. 35 D. depos. (16, 3), L. 53 §. 3 D. de furt. (47, 2).

v) L. 11. 13. 21 C. mand. (4, 35), L. 11 D. de neg. gest. (3, 5), L. 6 D. de adm. rer. civ. (50, 8), Paul. sent. I. 4. 1.

schon bestehende Obligatio ist, von deren Wirkung der Gegner durch schuldlose Unmöglichkeit der Leistung befreit zu seyn behauptet. Im letzten Fall muß von diesem die Abwesenheit einer zu prästirenden Culpa bewiesen werden[w]).

(Die Culpa, für welche der Schuldner haftet, ist lediglich sein eignes Verschulden[x]). Er steht also weder 1) für die Culpa des Gläubigers[y]), noch 2) für die Culpa dritter Personen, ausgenommen in einigen singulären Fällen[z]), welche nicht ausgedehnt[aa]) und bey Garantieversprechen, welche nicht präsumirt werden dürfen[bb]); nach römischem Recht auch noch bey der gesetzlichen Garantie des Gewerbherrn für den Gewerbführer[cc]). R.)

b. Mora[a]).

§. 268.

Eine rechtswidrige Verzögerung der Leistung, sey es durch den Schuldner (mora solvendi) oder durch den Gläubiger (mora acci-

w) L. 9 §. 4 D. loc. (19, 2), L. 1 §. 13 D. de mag. conv. (27, 8), L. 5 C. de pign. act. (4, 24). (Literatur über die Beweislast in Beziehung auf die Culpa überhaupt: Hasse §. 57. 74, Mommsen, Beitr. III. S. 390. Dazu: Windscheid, Holb. krit. Ztschr. III. S. 283, Pand. §. 265, Weber, Beweisführung No. VI. §. 21—52, H. Gerber, Beitr. zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast S. 68—80, Maren, Beweislast S. 179—190, Goldschmidt, Ztschr. für Handelsrecht III. S. 82, Seuffert, Archiv I. 338 (VII. 31), VII. 225, XI. 237, XIII. 225; I. 168, IV. 113. 114, V. 306, VII. 310, III. 226, X. 241. R.)

x) (z. B. culpa in eligendo bey der Wahl von Mittelspersonen eines Mandatars, Geschäftsführers, Depositars, Unternehmers; culpa in custodiendo in denselben und ähnlichen Fällen: L. 25 §. 7, L. 41 D. locati (19, 2), L. 5 §. 10 D. de inst. act. (14, 3); vgl. Bechmann, Haftung für fremde Culpa nach R. R. und darüber v. Wyß in der krit. V. J. Schr. 10, 3, v. Wyß, Haftung für fremde Culpa (1867) S. 91 ff., S. 101 ff., S. 135. Gegen die angebliche Präsumtion der Culpa (Ihering, Jahrb. für Dogm. Bd. 4 S. 35—39) ebenda S. 106 Note 1. R.)

y) (L. 203 D. de R. I. (50, 17): Quod quisque sua culpa damnum sentit, non intellegitur sentire. R.)

z) (Nautae caupones stabularii, Publicianen, effusum und deiectum. Vgl. §. 392. R.)

aa) (So Ubbelohde, über culpa in eligendo im Archiv für practische Rtswiss., v. Emminghaus Bd. 7 S. 229—276. Dagegen v. Wyß a. a. O. S. 112 f. R.)

bb) (So Ubbelohde bey Verdingung und Societät, vgl. Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 7 S. 199—295. Dagegen v. Wyß a. a. O. S. 99 f., S. 115. 116. R.)

cc) (v. Wyß a. a. O. S. 146, vgl. S. 130 f. Anders nach heutigem Recht, in welchem nicht der institor, sondern der Principal als Contrahent gilt. R.)

a) Dig. XXII. 1: de usuris et fruct. et caus. et omnib. access. et mora. Bey dieser Lehre müssen zwey Irrthümer vermieden werden: 1) die Einmischung

piendi), hat unter gewissen Voraussetzungen schon dem Recht nach eine modificirende Wirkung auf die Existenz und den Umfang der Obligatio. Die Wirkung auf die Existenz ist für die mora solvendi, daß die Obligatio perpetuirt, der Schuldner nicht mehr durch die zufällige Unmöglichkeit der Leistung oder durch den Ablauf der seiner Haft gesetzten Zeit befreit wird[b]), wenn er nicht beweisen kann, daß der Verlust den Gläubiger auch bey rechtzeitiger Erfüllung getroffen haben würde[c]), für die mora accipiendi, daß der Schuldner durch jede Unmöglichkeit der Leistung befreit wird, die ohne Dolus oder culpa lata von seiner Seite eintritt[d]). Auf den Umfang der Obligatio wirkt die Mora dadurch, daß sie den Säumigen aus der bestehenden Obligatio zur Schadloshaltung verpflichtet[e]), den säumigen Schuldner insonderheit zu Verzugszinsen (§. 227), und bey der Leistung des Werths zu dem höchsten, den die Sache während der Dauer der Mora hatte[f]). Die Verzögerung einer Leistung kann vertragsmäßige Folgen haben, diese setzen den Eintritt der vertragsmäßigen Bedingung, nicht eine wahre und eigentliche Mora voraus[g]), und dürfen ebenso wenig

der Culpa, 2) die Herbeiziehung jeder Verzögerung einer Leistung und ihrer vertragsmäßigen Wirkungen. Beide haben mehr oder weniger auch noch auf die zwey neuesten Schriften über diesen Gegenstand ihren Einfluß geäußert: v. Madai, die L. von der Mora 1837, C. W. Wolff, zur Lehre von der Mora 1841. (Fr. Mommsen, Beitr. zum Obl.-R. III. b. Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa 1855. Dazu: Windscheid, Hdlb. krit. Ztschr. III. S. 253—278 (1856). R.)

b) L. 5 D. de reb. cred. (Note l), L. 59 §. 5 D. mand. (17, 1), L. 24 in f. D. de usur. (22, 1), L. 25 §. 2 D. sol. matr. (24, 3), L. 39 §. 1, L. 108 §. 11 D. de leg. I. (30), L. 82 §. 1 D. de V. O. (45, 1).

c) L. 15 §. 3 D. de R. V. (6, 1), L. 14 §. 1 D. depos. (16, 3), L. 47 §. 6 D. de leg. I. (30). (Bestritten schon unter den Glossatoren: Haenel, dissens. dom. p. 138 §. 23, Madai §. 46 f., Windscheid §. 280 Anm. 15. R.) Mit gutem Grund wird diese Beschränkung nicht angewendet auf den, welcher durch ein Delict in mora der Restitution, und mehr als ein gewöhnlicher frustrator ist, L. 19 D. de vi (43, 16), L. 8 §. 1, L. 20 D. de cond. furt. (13, 1), L. 7 C. de cond. ob turp. c. (4, 7).

d) L. 5. 17 D. de peric. et comm. (18, 6), L. 105 D. de V. O. (45, 1), L. 72 pr. D. de solut. (46, 3).

e) Bey der mora accipiendi, L. 1 §. 3 D. de peric. et comm. (18, 6), L. 3 §. 4, L. 38 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1), bey der mora solvendi, L. 21 §. 3 eod., L. 114 D. de V. O. (45, 1). Dieses Interesse kann möglicherweise in der Aufhebung des Contracts bestehen, L. 24 §. 4 D. loc. (19, 2). Wegen der Nutzungen s. u. a. L. 8. 14 pr. 36. 38 §. 1. 7 D. de usur. (22, 1).

f) L. 8 §. 1 D. de cond. furt. (13, 1), L. 3 D. de cond. trit. (13, 3), L. 3 §. 3, L. 21 §. 3 D. de A. E. V. (19, 1).

g) L. 12 C. de contr. stip. (§. 231 Note g). Der Ausdruck mora kommt nicht selten im vulgären Sinn irgend einer Verzögerung vor, s. z. B. L. 135 §. 2 D. de

hieher gezogen werden, als z. B. die Conventionalstrafe in ihren Voraussetzungen mit den Delictsstrafen zusammengestellt werden darf.

§. 269.

Der rechtswidrige Verzug, der die Voraussetzung der angegebenen Wirkungen ist, die eigentliche mora, und zwar vor allem der Hauptfall derselben, die mora debitoris, ist eine Rechtsverletzung, die aber das Eigenthümliche hat, daß sie keine culpa fordert[h]). Ihre Voraussetzung ist auf Seiten des Schuldners eine fällige Schuld[i]), deren Nichterfüllung lediglich an dem Schuldner lag[k]), und die Mora tritt nicht ein, wenn er aus entschuldbarer Unkenntniß der Schuld oder ihres Betrags, und aus wohlbegründetem Zweifel über ihre Existenz oder die Person des Gläubigers die Leistung verzögert[l]). Aber zur

V. O. (45, 1), daher auch das Beywort inculpata mora in L. 9 §. 1 D. de usur. (22, 1).

h) So wird die Frage der Haftung wegen culpa und mora getrennt in L. 23. 91 D. de V. O. (45, 1), obwohl freilich die Mora selbst als Rechtsverletzung culpa genannt, und auch die Voraussetzung derselben: per debitorem factūm est, quo minus daret, im weiteren Sinn so bezeichnet werden kann. (Auf jeden Fall ist der Ausdruck zu vermeiden, in welchem die uneigentliche und eigentliche Bedeutung von Culpa unterschiedlos in einander läuft. Vgl. Windscheid §. 278 Anm. 9, auch über die Literatur der unfruchtbaren Controverse, welche durch den nicht glücklich gewählten Ausdruck entstanden ist. R.)

i) L. 88 D. de R. I. (50, 17): Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est, vgl. L. 127 D. de O. O. (45, 1), L. 40 D. de reb. cred. (12, 1), L. 49 §. 3 D. de V. O.

k) L. 114 eod.: — et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur —. L. 21—23 D. de usur. (22, 1).

l) L. 5 D. de reb. cred. (12, 1): Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id necne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit necne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere. L. 9 §. 1, L. 21. 22. 24 pr. 47 D. de usur. (22, 1), vgl. L. 82 §. 1 D. de V. O. (45, 1), L. 89 §. 1 D. ad L. Falc. (35, 2), vgl. L. 78 pr. D. de leg. II. (31), L. 42. 99 D. de R. I. (50, 17). — Vgl. L. 91 §. 3 D. de V. O.: — esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur —. (Vgl. Madai S. 10, Wolff S. 255, Mommsen S. 14—23. 67—69. Das Einfachste wäre, die Regeln der Culpa (§. 267 w) unmittelbar auf die nicht rechtzeitige Erfüllung zu übertragen, wie Windscheid §. 277 Anm. 7 vorschlägt. Allein die Quellen schweigen nicht nur, sie verweisen (Note m) ausdrücklich auf ein freieres richterliches Ermessen. Darauf allein kann auch — abgesehen von Moratorien und Stundungsverträgen — nur die Befreiung durch unverschuldete Insolvenz zurückgeführt werden, welche Windscheid §. 277 Anm. 8 schon als allgemeines Rechtsprincip vertheidigen mochte. R.)

Entstehung der Mora gehört überdieß, daß der Wille des Gläubigers entschieden auf die Leistung gerichtet und durch Interpellation, Aufforderung des Schuldners zur Leistung, erklärt ist; durch diese persönliche Thätigkeit wird der Schuldner erst in Mora versetzt[m]). Die Mahnung muß an die rechte Person[n]), und zu der Zeit geschehen, wo die Leistung unmittelbar erwartet und gefordert werden konnte[o]). Eine vorzeitige Mahnung begründet keine Mora, und darin schon liegt, daß die Vorausbestimmung eines Zahlungstermins die Mahnung nach Eintritt desselben nicht ersetzt[p]). Die entgegengesetzte Meinung, die sich in dem Spruch dies interpellat pro homine ausdrückt, beruht vornehmlich auf der Vermischung anderer Verpflichtungsgründe mit der Mora[q]). Doch giebt es allerdings Fälle, wo Mora ohne Inter-

m) L. 32 pr. D. de usur. (22, 1): Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud iudicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius libro XII. epistolarum scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam iuris. L. 36 §. 3 D. de leg. I. (30), L. 23 D. de V. O. (45, 1).

n) L. 23 §. 1. 3—5 D. de usur. (22, 1), L. 24 D. de V. O. (45, 1). Ueber die Person des Mahnenden, L. 24 §. 2 D. de usur., vgl. L. 20 §. 11 D. de H. P. (5, 3).

o) L. 49 §. 3 D. de V. O. (45, 1): Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.

p) S. Note o und L. 17 §. 4 D. de usur. (22, 1): Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, nonnisi ex mora usuras praestare debet. L. 3 C. in quib. caus. in int. rest. (2, 41): In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, i. e. in bonae fidei contractibus et fideicommissis et legatis. Vgl. L. 41 §. 1 D. de V. O. (45, 1). — diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore. L. 22 §. 2 D. ad S. Treb. (36, 1), vgl. L. 27 §. 1, L. 44 §. 1 eod.

q) Vgl. §. 268 Note a. g. Die dafür angeführten L. 47 D. de A. E. V. (19, 1), L. 33 D. de V. O. (45, 1) enthalten kein Wort von einer blos durch den Ablauf der Zahlungsfrist entstehenden Mora. (Die Glossatoren behandeln den Satz als unzweifelhaft. Vgl. vetus collectio §. 57 bey Haenel, diss. dom. (1834) pag. 44 'quum etiam dies habeatur pro interpellatione quemadmodum ergo post diem offerendo non potest purgare moram, ita nec post interpellationem'. Ebenso Rogerius §. 28, daselbst pag. 94. R.) In neuerer Zeit haben den alten Irrthum in Schutz genommen unter Anderen Thibaut, Archiv für civ. Pr. VI. 2 (1825) XVI. 7 (1833), Madai, Mora §. 16 ff., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 355 Note 8 (v. Vangerow, Leitfaden III. §. 588 Anm. 2 [1847], Mommsen §. 11, Seuffert §. 245, Holzschuher III. §. 233, Nr. 2 und unter Berufung auf alte Doctrin z. B. des Stephanus (bey Zachariä, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIV. S. 135), so wie auf die mittels Resolution ad dubia cameralia vom Jahre 1595, „daß die mora ab interpellatione hominis vel diei an zu

pellation eintritt (ex re mora fit, oder wie man dieß auch ausgedrückt hat: lex interpellat pro homine), die übrigen Erfordernisse der Mora natürlich vorausgesetzt; so 1) wenn die Interpellation durch Abwesenheit des Schuldners unmöglich gemacht ist[r]); 2) bey dem condemnirten Schuldner mit dem Ablauf des tempus iudicati[s]), die usurae rei iudicatae sind Verzugszinsen aus der durch diesen Zeitpunkt begründeten Mora und nicht identisch mit den bis dahin laufenden, durch das Urtheil anerkannten (vertragsmäßigen oder Verzugs-) Zinsen[t]); 3) bey dem Besitzer einer fremden Sache durch Delict, der von der Zeit seines Besitzes an in mora ist[u]); 4) gewisse Gläubiger haben das Vorrecht der Mora ohne Interpellation: die Minderjährigen[v]), der Fiscus[w]), die Städte bey Vermächtnissen zur Errichtung von Bau- und Kunstwerken[x]), die Kirchen und milden Stiftungen bey Vermächtnissen zu ihren Gunsten[y]).

Die mora creditoris entsteht dadurch, daß er den Empfang ver-

---

rechnen" (Seuffert, Archiv VI. 163) bezeugte Ansicht der Reichsgerichte, wie auf
eine constante neuere Praxis (Seuffert, Archiv I. 332; VI. 163; X. 144; XI. 140
und das H. G. B. Art. 289) auch Arndts §. 251 Note 6. R.). Dagegen s. besonders die (auch dogmengeschichtliche) Ausführung von Schröter, Zeitschr. für
Civilr. und Civilpr. VI. 5 (1831) VII. 3 (1834), vgl. Puchta, Gewohnheitsr. II.
S. 76 ff. (Windscheid, in der Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 257 f., Brinz, Pand. I.
S. 551. Vermittelnd: Schröter IV. S. 106, Fritz, Erläut. II. S. 332, Mommsen
S. 109—113. S. 116—119, Vangerow S. 211, Bruns, Ztschr. für Rechtsgesch. I.
S. 65—67. S. 105, Windscheid, Pand. §. 278, 4. 5, sofern sie vor Allem die
Möglichkeit eines entgegengesetzten Sinnes des dies anerkannt wissen wollen. R.)

r) L. 23 §. 1 D. de usur. (22, 1).

s) L. 2 C. de usur. rei iud. (7, 54).

t) Daher ist die Meinung falsch, daß sie wie diese im Urtheil zugesprochen seyn müßten, nach L. 13 C. de usur. (4, 32). Es handelt sich hier um Verzinsung einer durch das Urtheil begründeten Forderung, aber nicht um eine durch das Urtheil, sondern durch diese spätere Mora begründete Verzinsung.

u) L. 8 §. 1, L. ult. D. de cond. furt. (13, 1), L. ult. C. de cond. ob turp. c. (4, 7).

v) L. 3 C. in qu. c. in int. (Note p), L. 26 §. 1 D. de fideic. lib. (40, 5). In L. 5 C. de A. E. V. (4, 49) wird gesagt: — licet nulla mora intercesserit — weil diese mora ex re ihrer Begründung nach eine Anomalie ist, und in L. 87 §. 1 D. de leg. II. (31): tamen non pro mora hoc habendum est — weil sie nicht wie die eigentliche Mora eine dauernde, sondern auf die Zeit der Minderjährigkeit des Gläubigers beschränkt ist.

w) L. 17 §. 5 D. de usur. (22, 1).

x) L. 17 §. 8 eod.

y) Nov. 131 c. 12, zu deren Erläuterung zu vergleichen ist die restituirte L. 46 §. 4 C. de episc. et cler. (1, 3). (Nach dem Handelsgesetzb. Art. 289 Kaufleute unter einander in beiderseitigen Handelsgeschäften, sofern sie ohne Verabredung oder Mahnung Zinsen fordern können. R.)

weigert oder sonst verhindert, während von Seiten des Schuldners nichts gefehlt hat, was zur Leistung nöthig war[z]), und die Leistung von ihm in quali et quanto so angeboten wurde, wie der Gläubiger sie zu fordern berechtigt war[aa]).

§. 270.

Die Aufhebung der Obligatio hat immer auch die Aufhebung der Mora zur Folge[bb]). Während der Dauer der Obligatio aber kann die Mora aufgehoben (purgirt) werden dadurch, daß der Säumige sich zu dem früher Versäumten bereit findet, vorausgesetzt, daß diese Bereitschaft sich auch auf das erstreckt, was er dem anderen Theil in Folge der bisherigen Mora zu leisten hat[cc]). Durch Zurückweisung der purgirenden Leistung oder Empfangserbietung würde nun der Gegner in moram versetzt werden, und die spätere hebt die frühere Mora auf; eine gleichzeitige Mora ist undenkbar[dd]).

c. Ableugnung und Weigerung.

§. 271.

Das Ableugnen der Verbindlichkeit hat bey einigen Klagen die

z) L. 3 §. 4 D. de A. E. V. (19, 1), L. 72 §. 3 D. de solut. (46, 3), L. 4 C. de usur. pup. (5, 56). Die Streitfrage, ob oblatio verbalis hinreiche, oder realis nöthig sey (vgl. Glück, Comment. IV. S. 108 f., Madai, Mora §. 37), läßt sich im allgemeinen weder für noch gegen beantworten.

aa) L. 39 D. de solut. (46, 3), L. 41 §. 1 D. de usur. (22, 1), L. 122 pr. D. de V. O. (45, 1).

bb) L. 29 §. 1 eod., L. 17 D. de cond. furt. (13, 1), L. 8 pr. 14 pr. D. de novat. (46, 2). Hiernach entscheidet sich der Fall einer bedingten Novation L. 31 pr. eod., der dagegen in L. 72 §. 1—2 D. de solut. (46, 3) von einem ganz anderen Gesichtspunkt aus, nämlich dem einer in der Novation liegenden purgatio morae, betrachtet und entschieden wird. (Vgl. Kniep, Einfluß der bed. Novation (1860) S. 31 f., dazu: Windscheid, krit. Vierteljahrsschr. II. S. 242 f., Römer, bedingte Novation S. 142 f. Dazu: H. Witte, krit. Vierteljahrsschr. VI. S. 49—52, v. Salpius, Novation und Delegation S. 152 f. — Bestritten: Die Wirkung des Erlaßvertrags L. 54 D. de pact. (2, 14): Si pactus sum, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: non intelligitur mora mihi fieri: mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram mihi fecerat. Dazu: Mommsen S. 329 Note 1, Kniep a. a. O. S. 104—106, Windscheid, krit. Ueberschau II. 245, Römer, bedingte Novation S. 216—220. Die Endigung der Mora durch Fristbewilligung leugnet Römer, während Kniep S. 116. 117 eine verschiedene Intention der Parteien für möglich erklärt. R.)

cc) L. 73 §. 2, L. 91 §. 3 D. de V. O. (45, 1).

dd) L. 72 pr. D. de solut. (46, 3), L. 17 D. de peric. et comm. (18, 6): Illud sciendum est, cum moram emtor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quodsi per venditorem et emtorem

Folge, daß ihr Gegenstand auf das Doppelte wächst (lis inficiando crescit in duplum), so bey der actio legis Aquiliae[a]), bey der actio depositi miserabilis[b]), endlich, wenn der Empfang des Eingeklagten gegenüber einem von dem Beklagten ausgestellten Empfangsschein abgeleugnet wird[c]). Bey der actio de pauperie hat das Ableugnen des Eigenthums an dem beschädigenden Thier die Klage auf Ersatz ohne noxae deditio zur Folge[d]). Schon die Weigerung der Erfüllung wird bey dem Vermächtniß ad pias causas durch die Verurtheilung in das Doppelte bestraft[e]), die Weigerung der Restitution auf richterliches Gebot bey der actio quod metus causa durch Condemnation in das Vierfache[f]).

3. Durch Zufall.

§. 272.

Ein Zufall, der die Leistung ganz oder theilweise unmöglich macht, kann die Obligatio aufheben oder mindern (§. 302). Umgekehrt kann die Obligatio erweitert werden durch eine zufällige Erweiterung ihres Gegenstands, causa rei, commodum rei[a]). Das Princip ist: wer

---

mora fuerit, Labeo quidem scribit, emtori potius nocere, quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim, si interpellavero venditorem et non dederit id, quod emeram, deinde posteriore offerente illo, ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emtorem mora fuisset, deinde cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est, posteriorem moram venditori nocere. Labeo L. 51 pr. D. de A. E. V. (19, 1): Si et per emtorem et venditorem mora fuisset, quominus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emtorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem emtori facta esse ipso moram faciente emtore (Haloand. nam enim posse videri moram per venditorem emtori factam esse ipso emtore posteriorem moram faciente).

a) §. 19. 23. 26 I. de aotion. (4, 6).

b) L. 1 §. 1 D. depos. (16, 3).

c) Nov. 18 c. 8. — Vgl. C. Sell, von den causis, ex quibus inf. lis crescit in dupl., Jahrbücher II. 1, (Huschke, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XIII. 5 S. 256—284 [1846], Rudorff, über die Litiscrescenz, daselbst XIV. 9 [1847]. Ueber die heutige Anwendung der Leugnungsnachtheile: Windscheid §. 263 Note 15. Gegen dieselbe: Seuffert's Archiv XIV. 245, XVII. 37. R.)

d) L. 1 §. 15 D. si quadrup. (9, 1).

e) §. 19. 26 I. de action. (4, 6).

f) §. 25. 27 I. eod.

a) Dig. XXII. 1, XVIII. 6, Cod. VI. 48. Jhering: in wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben (1848)? Abhandl. aus dem R. R. 1.

eine Sache zu leisten verpflichtet ist, hat mit ihr alle ihre accedirenden Vortheile zu leisten, die den Gläubiger getroffen hätten, wenn die Erfüllung mit der Entstehung der Obligatio geschehen wäre. Da nun dasselbe Princip in Beziehung auf zufällige Verringerung und Untergang gilt[b]), so besteht die Regel: commodum eius esse debet, cuius periculum est[c]). Dem Princip gemäß beschränkt sich das zu prästirende commodum auf das ex re entstandene, und erstreckt sich nicht auf Vortheile, die sich der Schuldner mittelst der Sache anderswoher verschafft. Aber auch für diese läßt sich ein ähnlicher Grundsatz behaupten, nämlich daß sie dem Schuldner nur insofern verbleiben, als auch der Nachtheil des Geschäfts selbst (nicht der Sache) ihn betroffen haben würde[d]). Zu jenem commodum gehören die Accessionen der Sache selbst[e]), ferner die Klagen wegen der Sache, die durch die Handlung eines Dritten entstanden sind, soweit nicht der Schuldner schlechterdings für die Sache haften muß[f]).

b) L. 5 §. 2 D. de rescind. vend. (18, 5).

c) §. 3 I. de contr. emt. (3, 23).

d) Paul. L. 21 D. de her. v. act. vend. (18, 4): — — ubi hereditatem vendidi, et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi. nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus, ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci, pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur; et sic sit quasi alii non vendidissem, tibi enim rem debebam, non actionem — (Fortsetzung Note f a. E.). Vgl. Afric. L. 23 D. de reb. cred. (12, 1): Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim. Vgl. Jhering a. a. O. S. 85 ff.

e) L. 7 pr. D. de peric. et commod. (18, 6), L. 4 §. 1, L. 38. 39 D. de usur. (22, 1), L. 13 §. 13 D. de A. E. V. (19, 1). Nicht der Pacht- und Miethzins, L. 13 §. 11 eod. (bestritten vgl. Glück, Comment. XVII. S. 196 ff.), dagegen L. 39 §. 1 D. de leg. I. (30) spricht von dem Fall der Mora, wo nicht, was der Schuldner bezogen hat, sondern was der Gläubiger hätte beziehen können, zu prästiren ist. Streitfrage über den gefundenen Schatz, vgl. Glück, Comment. XVII. S. 190 ff.

f) Ulp. L. 14 pr. D. de furt. (47, 2): Eum, qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emtori oportebit. quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emtorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet. L. 80 pr. eod. §. 3 I. de contr. emt. (3, 23), L. 35 §. 4 D. de contr. emt. (18, 1), L. 13 §. 12 D. de A. E. V. (19,1): Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emtori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae, vel Aquiliae, vel interdicti quod vi aut

C. Stellvertretung bey der Entstehung von Obligationen[a]).

§. 273.

Subjecte der Obligatio werden diejenigen, in deren Person der obligatorische Grund eingetreten ist. Daß der Vertragschließende nicht Subject der contrahirten Obligatio werde, sondern unmittelbar durch ihn ein Anderer, ist gegen das Wesen dieses Rechtsverhältnisses, bey welchem die Subjecte so wesentlich zum Inhalt gehören, daß eine Veränderung derselben die Obligatio selbst zu einer anderen macht. Der Grundsatz, daß die Obligatio in dem Handelnden selbst ihren Anfang

---

clam. L. 11 §. 8—10 D. quod vi (43, 24). Vgl. L. 21 D. de her. vel. act. vend. (Note d): — — at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emtori quasi illius negotium agam, quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione, quamvis si neglexisset ut alienum, nihil et imputare possit, nisi si culpa eius argueretur. Quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo, an rem? Utique rem, non enim actiones ei, sed rem praestare debeo. Et si vi deiectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emtorem pertinebit. nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque; nam et aream tradere debet exusto aedificio. Vgl. Jhering a. a. O. S. 30—58.

a) Cod. IV. 11: ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant. 12: ne uxor pro marito vel maritus pro uxore, vel mater pro filio conveniatur. 13: ne filius pro patre vel pater pro filio emancipato, vel libertus pro patrono, vel servus pro domino conveniatur. IV. 50: si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit. Dig. XXVI. 9, Cod. V. 39: quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. — Inst. III. 28: per quas personas nobis obligatio adquiritur. IV. 8: de noxalibus actionibus. Cod. IV. 27: per quas personas nobis adquiratur. (Ruhstrat, im Archiv für das in Oldenburg geltende Recht I. S. 22 und vornehmlich auch wegen der Dogmengeschichte: Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bey Eingehung von Verträgen [1852]. Vgl. dazu: Dernburg, Krit. Zeitschrift I. S. 11 ff., Brinz, krit. Blätter [1852] Nr. 2 S. 22. 32, Savigny, Obl.-R. II. [1853] §. 54—60. Vgl. Ruhstrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. 1854. Der Verf. vermischt §. 273—279 folgende, erst von Savigny gehörig unterschiedene Fälle: 1) Vertragschließung ohne Stellvertretung, also für einen Dritten ohne Auftrag oder Amt; diese ist ganz unzulässig, §. 256. §. 273 Note b. Savigny §. 59; 2) Stellvertretung: a) Abschluß auf fremden Namen, also durch einen nuntius, worunter aber nach Savigny §. 57 nicht blos ein willenloser Träger der Willenserklärung zu verstehen ist; hier wird der Dominus schon nach römischem Recht direct berechtigt und verpflichtet [L. 1 §. 11 D. depos. 16, 3, L. 13 §. 25 D. de A. E. V. 19, 1, L. 126 §. 2 D. de V. O. 45, 1], die Formalverträge, in denen die Hülfe eines Repräsentanten unstatthaft war, fallen jetzt weg, die directe Vertretung gilt also allgemein, c. 68. 71 de R. I. in VIto [5, 12]; b) Abschluß auf

nehmen muß[b]), ist so wenig als die Unstatthaftigkeit einer Singularsuccession in Obligationen (§. 280) eine Singularität des römischen Rechts, sondern in dem Wesen der Obligationen gegründet. Eine Obligatio aus dem Vertrag eines Anderen wäre keine obligatio ex contractu, denn die, zwischen denen sie existirte, hätten den Vertrag nicht geschlossen, und die den Vertrag geschlossen, wären nicht die Subjecte der Obligatio. Die Intervention einer dritten Person als Unterhändler (proxeneta) oder auch als bloßer Träger der Willenserklärungen entfernter Contrahenten (nuntius) ist dadurch nicht ausgeschlossen, wenn die Form des Vertrags seine Schließung unter Entfernten zuläßt[c]). Dem Bedürfniß aber der Contrahirung von Obligationen durch Repräsentanten ist in Beziehung auf den Erwerb von Forderungen theils durch die in dem Gewaltverhältniß liegende nothwendige Repräsentation (§. 274), theils bey freien Stellvertretern durch die Möglichkeit einer Cession, die auch sofort bey der Contrahirung durch den Repräsentanten eintreten kann (§. 275), Genüge gethan. Eben so ist für die Verpflichtung unter gewissen Voraussetzungen eine Verbindlichkeit dessen, zu welchem der Handelnde in einem Repräsentationsverhältniß steht, festgesetzt (§. 277—279).

I. Erwerb von Forderungen.

a. Durch nothwendige Repräsentanten.

§. 274.

In einem nothwendigen Repräsentationsverhältniß steht

1) der Erblasser zu seinem Erben. Dieser erwirbt vermöge seines

den eigenen Namen des procurator, tutor, curator: hier ist der Vertreter direct berechtigt und verpflichtet, der Vertretene kann nur durch wirkliche oder fingirte Cession ein Klagrecht erwerben, also gleich dem Gewerbherrn, nur freilich nicht mit einer actio quasi institoria verklagt werden. Die folgende Darstellung §. 273 bis 279 ist demnach auf diesen Fall zu beschränken. — Die Meinung Ruhstrat's, der Vertretene hafte nicht in solidum, sondern nur de in rem verso, erledigt sich schon durch L. 13 §. 25 D. de A. E. V. [19, 1], L. 31 pr. D. de neg. gest. [3, 5]. R.)

b) L. 73 §. 4 D. de R. I. (50, 17): Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. L. 11 D. de O. et A. (44, 7): Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

c) L. 15 D. de pec. const. (13, 5): Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur. Vgl. L. 14 §. 3 eod., L. 1 §. 1 D. mand. (17, 1), L. 1 §. 11 D. depos. (16, 3).

Eintritts in die Persönlichkeit jenes die von ihm contrahirten Forderungen, ja nach dem neuesten Recht kann der Erblasser dem Erben sogar eine Forderung contrahiren, ohne selbst schon Gläubiger zu werden[a]);

2) der Filiusfamilias zu seinem Gewalthaber. Der Grund liegt in der Natur der väterlichen Gewalt, vermöge deren der Unterworfene seinen Erwerb nothwendig dem Vater macht, nach altem Recht überall, nach neuem wenigstens in gewissen Fällen[b]); aber auch wo der Erwerb nicht mehr ein nothwendiger ist, bleibt doch noch die Möglichkeit eines freiwilligen als Nachwirkung des alten Princips. Ungeachtet dieser vollkommenen Repräsentation[c]) geht die Obligatio doch von dem Handelnden aus, und wenn daher die Kenntniß eines Umstands Einfluß auf die Forderung hat, so kommt es vor allem auf sein Wissen oder Nichtwissen an[d]).

a) L. un. C. ut action. ab hered. (4, 11), vgl. Gai III. 100. (Bei bonae fidei obligationes war dieß von jeher möglich gewesen, L. 12 §. 17, L. 13 D. mand. [17, 1]. Vgl. Gai. II. 277. III. 117 [III. 158 geht blos auf die überlieferte Regel], v. Scheurl, Beitr. I. [1852] Nr. 3 S. 105 f., und Verträge für sich und die Erben waren auch in andern Fällen selbst dann wirksam, wenn die Forderung an sich unvererblich war, L. 38 §. 12. 14, L. 137 §. 8 D. de V. O. [45, 1], L. 13 C. de contr. stip. [8, 38], L. 33 D. de pact. [2, 14]. — Nach v. Scheurl's Ansicht hätte Justinian in L. un. C. cit. überhaupt nur die stipulatio post mortem für wirksam erklärt, also nur die L. 11 C. de contr. stip. [8, 38] eingeschärft, die Stipulation müßte also immer noch mit dem Erblasser anfangen, Beschränkung auf Einen Erben wäre nur bei unvererblichen Forderungen zulässig [L. 56 §. 1 D. de V. O. 45, 1]. Fassung und Intention der L. un. C. cit. erscheinen jedoch allgemeiner, für das heutige Recht würde die Beschränkung ohnehin mit der Stipulation wegfallen. Vgl. Dernburg, Hdlb. krit. Ztschr. I. S. 3 — 5, Vangerow III. S. 311. 312, Windscheid §. 316. 8. 9. Ueber das Mandat post mortem vgl. Dietzel, Beitrag zur Lehre vom mand. post mortem in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Jahrg. 1856 S. 427, und über die ganze Regel nach vorjust., gemeinem Recht und den neuern Gesetzbüchern Karl Schmidt im Archiv für civ. Pr. LII. N. F. II. (1869) No. XIII p. 321. R.)

b) Die nähere Bestimmung dieses Satzes ist in der Lehre von der väterlichen Gewalt zu suchen.

c) L. 45 pr. D. de V. O. (45, 1): Quodcunque stipulatur is, qui in alterius potestate est, pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus. L. 38 §. 17, L. 40 eod.

d) L. 12 D. de contr. emt. (18, 1): In huiusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum, quibus adquiritur ex eo contractu actio. nam si servus meus vel filius, qui in mea potestate est, me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille, qui contrahit. L. 16 §. 3. 4 D. de lib. causa (40, 12): Quare si filiusfamilias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non adquisit patri actionem. Hoc si peculiari nomine egerit; ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat. Et puto adhuc nocere, quemadmodum procuratoris nocet.

b. Durch freie Repräsentanten.

§. 275.

Ein zur Vertragschließung durch Mandat Bevollmächtigter (wohl zu unterscheiden von einem Nuntius, wo der Absender selbst der Vertragschließende ist) ist Contrahent und daher auch das ursprüngliche Subject der durch den Vertrag entstehenden Obligatio. Ein Anspruch, der aus der Unkenntniß eines Umstands abgeleitet werden soll, wird daher durch die Kenntniß des Procurators immer ausgeschlossen, ohne daß dem Dominus seine eigene Unkenntniß nützt[a]), umgekehrt aber kann die Kenntniß des Dominus die Nichtkenntniß des Procurators wirkungslos machen, unter Umständen nämlich, wo sie dem anderen Contrahenten die exceptio doli verschafft[b]). Vermöge des zwischen dem contrahirenden Procurator und dem Dominus bestehenden Verhältnisses geht aber die Forderung durch eine wirkliche oder fingirte Cession auf den letzteren über[c]). In einem gleichen Verhältniß stehen die Vorsteher juristischer Personen, ferner die Vormünder, wenn sie

---

Plane si filius ignoravit, pater scit, adhuc dico, repellendum patrem, etiam si peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit, potuitque filium emere prohibere. L 51 pr. D. de aed. ed. (21, 1), L. 2 D. de litig. (44, 6).

a) L. 22 §. 5 D. de lib. causa (40, 12): Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque nocere Labeo putat. L. 51 §. 1. D. de aed. ed. (21, 1): Circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit, morbosum, vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit, at cum ipse ignorans esse vitiosum, mandatu domini, qui id sciret, emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam. Auszunehmen ist der Fall eines betrüglichen Einverständnisses zwischen dem Procurator und dem anderen Contrahenten, von welchem zu verstehen ist die scheinbar widersprechende L. 17 D. de lib. causa: In servo et in eo, qui mandatu nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero, emi sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit, et non competet ei actio. Contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi deneganda.

b) L. 51 §. D. de aed. ed. (Note a) und L. 13 D. de contr. emt. (18, 1): Sed si servo meo vel ei, cui mandavero, vendas servum fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex emto verum est. Vgl. L. 4. §. 19 D. de exc. doli (44, 4).

c) L. 8 §. ult., L. 10 §. 6 D. mand. (17, 1), L. 13 §. 25 D. de A. E. V. (19, 1). (Eben dahin gehört die Klage, welche extra ordinem aus den Contracten des magister navis und institor gegeben wird: L. 1 §. 17 D. de exerc. act. [14, 1], L. 1. 2. D. de inst. act. [14, 3], L. 5 D. de stip. praet. [46, 5]. Die Abweichung bezieht sich nicht auf das Verfahren ohne Juder, sondern auf die Regel per liberam personam obligatio non adquiritur. R.)

Verträge für die Mündel schließen[d]), nur daß die Cession an diese erst bey der Beendigung der Vormundschaft geschieht. Ja wenn die Forderung mittelst des Mündelvermögens erworben wird, so ist dazu nicht einmal nöthig, daß der Vormund den Willen gehabt habe, für den Mündel zu contrahiren[e]).

§. 276.

In gewissen Fällen bringt jemand, indem er einen Vertrag schließt, zu Gunsten eines Dritten ohne eine Vollmacht dieselbe Wirkung hervor, wie wenn er ihn als sein Bevollmächtigter geschlossen hätte. Der Dritte erwirbt aus dem Vertrag die ihm von dem Vertragschließenden zugedachte Klage, wie wenn sie ihm von demselben cedirt worden wäre, als utilis actio. Diese Fälle sind folgende: Der Ascendent der Frau kann dieser oder ihren Kindern die Dos bey deren Bestellung stipuliren, und diese haben aus diesem Vertrag utilem actionem[f]). Unrichtig ist die Meinung derer, welche dieß dahin erweitern wollen, daß Kinder überhaupt aus den zu ihren Gunsten geschlossenen Verträgen ihrer Eltern klagen könnten[g]). Wenn der Schenker dem Beschenkten die Auflage gemacht hat, die Sache einem Dritten zu restituiren, so hat dieser eine utilis actio auf Restitution, wenn die Zeit derselben gekommen ist[h]). Wenn jemand fremde Sachen deponirt oder commodirt mit der Auflage an den Empfänger, sie dem Eigenthümer zu restituiren, so hat dieser die utilis depositi oder commodati actio[i]). Wenn der Gläubiger bey der Veräußerung des Pfandes dem Schuldner das Einlösungsrecht vorbehalten hat, so kann dieser diesen Vorbehalt geltend machen, was damit zusammenhängt, daß der Gläubiger überhaupt bei dem Verkauf des Pfandes wie ein Procurator des Schuldners betrachtet wird[k]).

d) L. 5 §. 9 cf. 6 D. de pec. const. (13, 5), L. 2. 4 C. quando ex facto tut. (5, 39), L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7).

e) L. 2 D. quando ex facto tut. (26, 9). Darauf bezieht sich L. ult. C. eod.: Per tutorem pupillo actio nisi certis ex causus quaeri non potest.

f) L. 45 D. sol. matr. (24, 3), L. 7 C. de pact. conv. (5, 14).

g) L. 4 C. eod., L. 26 C. de iure dot. (5, 12).

h) L. 3 C. de don. sub modo (8, 55).

i) L. 8 C. ad exhib. (3, 42). Nicht hieher gehört der mit den obigen öfters auf gleiche Linie gestellte Fall der L. 9 §. 8 D. de reb. cred. (12, 1), vgl. §. 304 Note d.

k) L. 13 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 7 §. 1 D. de distr. pign. (20, 5). (Die deutschrechtliche Doctrin und Rechtsprechung geht über diese Fälle hinaus. Durch Auflagen zu Gunsten eines Dritten kann auch außer dem Fall Note h ohne dessen Zuthun ein Forderungsrecht entstehen, z. B. bei Erbverträgen und Gutsübergaben mit bedungener Abfindung der Geschwister; auch die Schuldübernahme oder Er-

2. Verpflichtung.

a. Durch nothwendige Repräsentanten[a]).

§. 277.

Der Erbe wird durch den Erblasser verpflichtet, auch wenn gegen diesen selbst die Forderung noch nicht hätte geltend gemacht werden können[b]).

In der väterlichen Gewalt dagegen liegt an sich kein Grund einer Verpflichtung des Vaters durch die Handlungen des Sohns[c]). Erst durch das Hinzutreten anderer Gründe kann es geschehen, daß die Gläubiger des Sohns aus den Geschäften desselben ihre Klagen (als s. g. actiones adiecticiae qualitatis) gegen den Vater, aber nicht immer in solidum haben. Die einzelnen Fälle sind zum Theil solche, die schlechterdings ein Gewaltsverhältniß voraussetzen, zum Theil solche, die auch auf das Verhältniß freier Repräsentation erstreckt sind (§. 278). Die ersten sind folgende:

1) Der Vater haftet in solidum aus dem Geschäft des Sohns, zu dem er den Befehl gegeben hat[d]), actio quod iussu.

---

klärung Schuldner eines Dritten werden zu wollen, den ein Anderer in eine Lebensversicherung und dergl. einkauft, enthält ein Anerbieten, welches der Dritte durch Acceptation in einen unwiderruflichen Vertrag verwandeln kann. Vgl. Buchka, Stellvertretung [1852] S. 158 f., Beseler, Erbverträge II. 1 S. 71—83 [1837], Deutsches Privatrecht II. S. 291—295 [1853], Delbrück, Uebernahme fremder Schulden S. 81—107 [1853], Busch, Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter [1860], Bähr, Jahrb. für Dogm. VI. 3 [1862], Zaun, Archiv für pract. R.-W. N. F. I. S. 42 [1864], Windscheid §. 316. R.)

a) Inst. IV. 7. Dig. XIV. 5: quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. Cod. IV. 26: quod cum eo etc. vel de peculio, sive quod iussu aut de in rem verso. Dig. XIV. 4: de tributoria actione. XV. 1: de peculio. 2: quando de peculio actio annalis est. 3: de in rem verso. 4: quod iussu. Cod. IV. 13: ne filius pro patre vel pater pro filio emancipato etc. conveniatur. (Savigny, Obligationenrecht II. §. 54. R.)

b) L. un. C. ut act. ab her. (4, 11). Die singuläre Bestimmung, daß die Kinder für eine Primipilarschuld ihres Vaters nach dessen Tod, auch ohne seine Erben geworden zu seyn, haften sollen, L. 4 C. de primip. (12, 63), findet keine Anwendung mehr.

c) L. 6. 12 C. quod cum eo (4, 26), L. 1 C. ne fil. pro patre (4, 13). Nach älterem Recht war der Vater verpflichtet, das Kind gegen Delictsklagen zu vertreten, zu diesem Behuf wurde aus dem Delict des Kindes gegen ihn eine actio noxalis gegeben; im justinianischen Recht ist selbst diese indirecte Haftung weggefallen, §. ult. I. de nox. act. (4, 8).

d) L. 1 pr. D. quod iussu (15, 4): — nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iussit. L. 1 §. 1—4. 6, L. 3 eod., L. 3 §. 4 D. de minor. (4, 4). Unter-

2) Er haftet, wenn er durch Dolus den Kläger in Nachtheil gebracht hat oder dessen Befriedigung verhindert[e]), actio de eo, quod dolo malo patris captus fraudatusque actor est.

3) Er haftet, soweit seinem Vermögen (abgesehen von dem Peculium des Sohns) durch das Geschäft des Sohns ein Zugang geschehen ist[f]), actio de in rem verso.

4) Wenn der Vater dem Sohn ein Peculium gegeben hat, so haftet er aus dessen Geschäften, soweit es reicht[g]), nach Abzug des ihm Geschuldeten[h]), dagegen mit Zurechnung dessen, was durch seinen Dolus fehlt[i]), actio de peculio; nach Aufhebung der väterlichen Gewalt dauert sie höchstens noch ein Jahr[k]).

5) Auf den Theil des Peculiums, der mit dem Wissen des Vaters zu einem Handelsgeschäft bestimmt worden ist[l]), haben die Gläubiger

scheide davon 1) eine Intercession des Vaters, L. 1 §. 5 D. qu. iussu, 2) einen von dem Vater selbst mit Benutzung der Dienste des Sohns geschlossenen Contract, L. 5 pr. eod. Streitfrage: ob das Geschäft die Angelegenheiten des Sohns oder ob es die des Vaters betreffen müsse? Vgl. Thibaut, Archiv für civ. Pr. XII. 10 (1829), W. Müller, civ. Abhandl. I. 4 (1833), (Schmid, ebend. XXIX. 3 [1846]. Desgleichen: gegen wen der iussus erklärt sein müsse? Chambon, Beitrag zum Obl.-R. I. 3 [1851] S. 192 ff. Die Ansichten der Glossatoren über beide Fragen s. in Hugolini dissensiones dominorum §. 404 bei Haenel, diss. dom. (1834) pag. 524. R.)

e) L. 5 pr. 36 D. de pecul. (15, 1).

f) Verhältniß zur actio de peculio, L. 1. 5 §. 3, L. 6. 7 pr. D. de in rem verso (15, 3), §. 4 I. quod cum eo (4, 7). Begriff und verschiedene Fälle der in rem versio L. 3 §. 1—9, L. 7 §. 1 sqq., L. 8—10. 17 pr. 21 D. de in rem v., L. 3 §. 2 eod.: Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem. (Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen u. s. w. [s. §. 176 bb] S. 61—100. R.)

g) L. 4 pr. §. 1. 2 D. de pecul. (15, 1), L. 29 §. 2 eod.; Etiamsi prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio. L. 47 pr. eod. Zeit der Aestimation, L. 30 pr. §. 4 eod. Mehrzahlung, L. 11 D. de cond. indeb. (12, 6). Keine Forderung aus Delicten, L. 3 §. 11. 12 D. de pecul., L. 58 D. de R. I. (50, 17). (Haftung mehrerer Fructuare und b. f. possessores, Miteigenthümer desselben Sclaven, mehrerer Erben des Gewalthabers: Keller, ad L. 32 pr. 51 de peculio (1822), Litiscontestation und Urtheil (1827) S. 544, Bekker, Consumtion (1853) S. 310 f., Dietzel in Bekker's Jahrb. II. (1858) S. 31, Bekker in Goldschmidt's Ztschr. für Handelsrecht IV. (1861) S. 508, Mandry, peculium duplicis iuris (L. 19 §. 1 D. de peculio 15, 1), Ztschr. für R.-G. VIII. (1869) S. 382 f. R.)

h) L. 9 §. 2—4, L. 11 §. 6. 9, L. 52 pr. D. de pecul. (15, 1).

i) L. 11 pr. eod.

k) Dig. XV. 2.

l) L. 1 pr. §. 1—3, L. 5 §. 11—15, L. 11 D. de tribut. (14, 4).



des Sohns, die es in Beziehung auf dieses Geschäft geworden sind[m]), als Befriedigungsobject Anspruch, wobey der Vater wegen seiner etwaigen Forderungen keinen Vorzug hat[n]); sie haben gegen ihn, wenn er diesen Anspruch verletzt, die actio tributoria[o]).

b. Verpflichtung durch nothwendige und freie Repräsentanten[a]).

§. 278.

Ueber das Gewaltsverhältniß hinaus erstreckt sich die Haftung des Gewerbsherrn aus den Geschäften des von ihm angestellten Gewerbführers. Die Anstellung des letzteren (institor, Factor, bey Schiffen magister navis, Schiffer)[b]) verpflichtet den Gewerbsherrn (bey Schiffen exercitor navis, Schiffsrheder)[c]) aus allen Geschäften[d]), welche jener

m) L. 5 §. 4. 7 eod.

n) §. 5 I. quod cum eo (4, 7), L. 5 §. 7. 19, L. 16 D. de tribut. (14, 4).

o) L. 7 §. 1 sqq., L. 8. 12 eod.

a) Dig. XIV. 1: de exercitoria actione. XIV. 3: de institoria actione. Cod. IV. 25: de exercitoria et institoria actione. Vgl. Unterholzner, Schuldverh. I. §. 196 – 198, vornehmlich aber Thöl, Handelsrecht (2. Ausg.) (1847) 1 §. 20 – 23.

b) L. 1 — 5 D. de inst. act. (14, 3), L. 7 §. 1. 2, L. 8. 11 §. 6 eod., L. 1 pr. §. 1—6 D. de exerc. act. (14, 1).

c) L. 1 §. 15. 25 eod. Auch den Vater, wenn der Sohn mit dessen Einwilligung exercitor ist, L. 1 §. 19. 20 eod.

d) Und zwar mit den Modificationen, die sie durch rechtswidriges Verfahren des Gewerbführers erhalten, L. 5 §. 8 D. de instit. (14, 3), L. 5 §. 10 eod.: Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus, sin vero quasi institor, teneri eum, plane si adfirmaverit mihi, recte me credere operariis suis non institoria, sed ex locato tenebitur. Das Verständniß dieser Stelle, welche verschieden erklärt worden ist (vgl. Thöl, a. a. O. §. 33 Note 4), wird erst durch eine Emendation möglich, die wohl keinen Anstand finden wird: statt imperaret ist zu lesen imperarem, vgl. z. B. L. 26 pr. D. de operis lib. (38, 1). [Ihering, Jahrb. für Dogm. Bd. 2 (1858) S. 78—84, Dedekind im Archiv für civ. Pr. Bd. 41 S. 192—214, Vangerow 3 §. 661, 4, Windscheid §. 482 n. 15, Keller in Bekker-Muther's Jahrb. II. (1858) S. 78 f., Ubbelohde im Archiv für prakt. R.-W. Bd. VII. S. 262. 263 und in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht Bd. VII. S. 279. 280, v. Wyß, Haftung für fremde Culpa (1867) S. 133 f. R.] (Zusatz der 11. Ausgabe. Die neuern Ausführungen — vgl. besonders v. Wyß, Haftung für fremde Culpa (1867) S. 133 f. — sind vorzüglich auf Grund der allgemeinen Grundsätze über die culpa in custodiendo (vgl. oben §. 267 bb) meistens der Auffassung Mühlenbruch's und Vangerow's beigetreten, nach welcher eine dritte Person um die Aufsicht auf die Walkerbude und die Lehrlinge ersucht wird. Diese muß, wenn sie als institor d. h. mit der Vollmacht ge-

der lex praepositionis (Procura) gemäß[e]), und so lange sie nicht in gehöriger Art modificirt oder widerrufen ist[f]), geschlossen hat, in solidum. Die Klage gegen den Geschäftsherrn ist die actio institoria, im Fall der Schiffsführung actio exercitoria; das Recht gegen seinen Contrahenten, den institor oder magister zu klagen, ist dem Gläubiger dadurch nicht entzogen[g]), der Gewerbführer müßte denn ausdrücklich als solcher contrahirt, und der Gläubiger dagegen sein Recht sich nicht besonders vorbehalten haben[h]).

c. Verpflichtung durch freie Repräsentanten.

§. 279.

Außer den Fällen des §. 278[a]) wird aus den Geschäften, welche ein Procurator seiner Vollmacht gemäß geschlossen hat[b]), dem Gläubiger neben seiner Klage gegen jenen[c]) eine utilis actio gegen den

---

werbsmäßig zu contrahiren, nicht als bloßer procurator ad imperandum, angestellt ist, mit der Contractsklage für omnis diligentia in custodiendo einstehen und diese eigene Culpa des institor, welche bei der Entwendung des Lehrlings vermuthet wird, hat der Gewerbherr als Garant zu vertreten. Diese Auffassung scheint schon um deswillen richtiger, weil die Conjectur des Vfs., desgleichen Ihering's Emendation ut discipulus servis imperaret ohne alle Auctorität ist; schon die Griechen (Anonymus) lasen ἤτησέ με τοῖς μαθηταῖς ἐπιτάττειν und dachten daher den rogatus als einen Dritten, so daß nach Mommsen's Vorschlage imperaret in imperaretur oder imperarent zu ändern ist. Der Einwand, daß mit dem Lehrling contrahirt werde, erledigt sich durch Paul. sent. 2, 8 §. 3 'quod cum discipulis eorum qui officinis vel tabernis praesunt contractum est, in magistros vel institores tabernae in solidum actio dabitur', wonach der institor als eigentlicher Contrahent gilt, während contractum est nur den Consens bei Annahme der Bestellung (accepisset) bezeichnen soll (vgl. Ihering a. a. O. S. 86), so daß quibus besser zu instructam als zu tradiderat zu ziehen seyn wird, vgl. L. 185 D. de V. S. (50, 16). Aus diesen Gründen nehme ich meine frühere Vertretung der Conjectur des Vfs. gegenwärtig zurück. R.)

e) L. 1 §. 7—14 D. de exerc. (14, 1), L. 5 §. 11—15, L. 11 §. 5 D. de instit. (14, 3), L. 11 §. 2—4 eod. Substitutionsrecht, L. 1 §. 5 D. de exerc.

f) L. 34 §. 4 D. de solut. (46, 3), L. 11 §. 2. 5, L. 17 §. 4 D. de instit. (14, 3), L. 5 §. 17, L. 11 pr. 17 §. 3 eod., L. 41 D. de reb. cred, (12, 1).

g) L. 1 §. 17. 24 D. de exerc. (14, 1), L. 17 §. 1, L. 19 pr. 20 D. de instit. (14, 3).

h) Unrichtig ist nach gemeinem Recht die Beschränkung der Haftung des Contrahenten auf den Fall der Ueberschreitung seines Auftrags, und außer diesem Fall auf Vermittlung der Befriedigung durch den Principal. Weder L. 4 pr. D. de re iud. (42, 1), noch L. 11 §. 7 D. de instit., die man dafür angeführt hat, enthalten etwas davon.

a) L. 1 §. 4 D. de exerc. (14, 1), §. 2 I. quod cum eo (4, 7).

b) L. 5 §. 11. 12 D. de instit. (14, 3).

c) L. 67 D. de proc. (3, 3), L. 4 pr. D. de re iud. (42, 1): Si se non obtulit

Mandanten gegeben, quasi institoria, ad exemplum institoriae[d]). Eben so haften juristische Personen aus den Geschäften ihrer Verwalter[e]), Mündel aus denen ihrer Vormünder[f]). Haben solche Bevollmächtigte einer Widerrechtlichkeit sich schuldig gemacht, oder sonst ihre Vollmacht überschritten, so haften die Domini wenigstens soweit sie dadurch bereichert sind[g]). Die Annahme dagegen, daß ohne alles Repräsentationsverhältniß eine Klage (s. g. utilis de in rem verso actio) blos darum gegen jemanden Statt finde, weil durch den Contract Anderer seinem Vermögen etwas zugegangen sey, ist ein entschiedener Irrthum[h]).

---

procurator, iudicati actio in eum denegabitur et in dominum dabitur, si se obtulit, in ipsum dabitur. — (Diese Stelle übersieht Ruhstrat, Archiv für civ. Pr. XXX. 12 S. 346 ff. [1857], welcher das Recht des Geschäftsführers, die Execution in das eigene Vermögen abzulehnen, erst im heutigen Recht finden will. Vgl. Thöl, Handelsrecht I. §. 26 [2. Ausg.] [1847] und über das heutige Recht überhaupt: Buchka a. a. O. [§. 273 a] §. 21, Brinz, krit. Blätter No. 2 (1852) S. 40. R.)

d) L. 10 §. 5 D. mand. (17, 1), L. 13 §. 25 D. de A. E. V. (19, 1), L. 6. 19 pr. D. de inst. (14, 3), vgl. L. 6 §. 1, L. 31 pr. D. de neg. gest. (3, 5).

e) Bey der Aufnahme eines Darlehns ist es nicht genug, daß es nominell für sie contrahirt sey, es muß auch wirklich für sie verwendet worden seyn, L. 27 D. de reb. cred. (12, 1), Nov. 120 c. 6 §. 3. (Diese Bestimmung enthält nichts Singuläres: Kleinschrod, über L. 27 D. de reb. cred. [12, 1] mit besonderer Beziehung auf Darlehen an Gemeinden nach R. R. [1851] S. 49. 56. R.)

f) L. 8 D. qu. ex facto tut. (26, 9), L. 3 C. eod. (5, 39), L. 2 pr. D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 C. quando ex facto tut., L. ult. D. si quis caut. (2, 11), L. ult. D. de adm. tut.

g) L. 15 pr. D. de dolo m. (4, 3), L. 13 §. 7 D. de A. E. V. (19, 1), L. 3 D. quando ex facto tut. (26, 9).

h) So z. B. L. 49 D. de cond. indeb. (12, 6): His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit (Modestin.). L. 13. 15 C. si certum pet. (4, 2), L. 13 C. de O. et A. (4, 10), L. 8 C. depos. (4, 34). Eine Klage gegen den Bereicherten setzt immer noch einen anderen obligatorischen Grund voraus, und davon ist zu verstehen L. 7 §. 1 C. quod cum eo (4, 26): Alioquin si cum libero res eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit. Vgl. L. 13 C. si certum pet. Die verschiedenen Meinungen s. bey Kämmerer, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VIII. 3. 4. 8 (1835). (Ubbe, von den Voraussetzungen der actio de in rem verso utilis, Archiv für civ. Pr. L. (1867) No. XVIII S. 370 f., beruft sich auf die heutige Erstreckung der Stellvertretung auf freie Stellvertreter, läugnet jedoch den Anspruch bei blos zufälliger Bereicherung. Allein der Grund der gesetzlichen Haftpflicht des Gewaltinhabers liegt in der juristischen Vermögenslosigkeit; diese aber findet nur bei unfreien Repräsentanten Statt. R.)

D. Uebertragung von Obligationen.

§. 280.

Die Obligatio ist ein unübertragbares Rechtsverhältniß, sie läßt sich von der Person des Gläubigers oder des Schuldners nicht trennen ohne sie selbst aufzuheben (§. 291). Dieß schließt nicht den Uebergang auf Universalsuccessoren, wodurch eine Veränderung der Personen in der That nicht eintritt, wohl aber die Singularsuccession in Obligationen aus[a]).

Das Bedürfniß einer Uebertragung von Obligationen, welchem durch die Delegation, wodurch an die Stelle der alten eine neue Obligatio constituirt wird (§. 291), theils deshalb, theils wegen der Nothwendigkeit der Zustimmung aller betheiligten Personen nur unvoll-

---

a) L. 25 §. 2 D. de usufr. (7, 1): — non solet stipulatio semel quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem — Gai. II. 38. (In der That schließt es nicht die „Singularsuccession“, sondern nur die Tradition, Mancipation und in iure cessio aus. Unübertragbar wird die Obligatio erst durch ihren Gegenstand, z. B. die usus fructus obligatio, oder eine andere personae cohaerens, L. 4 D. de nov. (46, 2), und erst durch diesen wird daher auch die Correalität ausgeschlossen, L. 15 D. de duob. reis (45, 2). Jede andere Obligatio kann durch Translation des ius agendi (novandi und litis contestationis) auf einen Singularsuccessor übertragen werden, L. 5 pr. §. 1, L. 6 D. quando ex facto (26, 9), L. 35 §. 4 fin. D. de contr. emt. (18, 1), L. 23 C. mand. 4, 35. Die Formel für diese Singularsuccession ist freilich noch streitig. Kuntze, die Obl. und Singularsuccession (1856) S. 66. 82 bezeichnet die utilis actio des Successors als eine „Zweigobligation“. Windscheid, Actio (1856) §. 18, Pand. §. 329. 7—10 giebt dem neuen Gläubiger die „Actio“, dem abtretenden das nudum ius Quiritium der Obligatio (eine Formulirung, die wenigstens der römischen Unterscheidung der actio cessa und utilis nicht entspricht), Bähr, Jahrb. für Dogm. I. 8 (1857) S. 360. 371. 401. 411 f. Arndts §. 254. 256 findet in der Cession eine minder vollkommene Tradition, die sich nur dem Gläubiger gegenüber als Rechtsnachfolge darstelle, während sie dem Schuldner gegenüber Vertretung bleibe. Der gemeinsame dogmatische Grundgedanke geht jedoch bei Allen auf eine Veräußerung hinaus, welche dem Cessionar ein selbständiges Forderungsrecht verschafft (vgl. Kuntze zu Holzschuher III. S. 151, Salpius, Novation S. 345, auch Förster, Theorie (1865) I. S. 610), und insofern der Tradition im Erfolg entspricht; daß die historische Außenseite der Cession für das heutige Recht wegfalle, ist wenigstens insoweit anerkannt, daß nur über die Begründung durch ein Gewohnheitsrecht gestritten wird. Wenn man jedoch die Succession in die persönliche Forderung der Veräußerung der rechtlosen Sache völlig gleich stellt, das dominium litis als Eigenthum an der Forderung auffaßt, welches ohne jede Denunciation vollständig und unwiderruflich übergehe (Salpius, Novation S. 361. 419 f., Bähr, Jahrb. für Dogm. I. S. 369 f.), so erschüttert man die Grundpfeiler des Rechtssystems, den Gegensatz von Sache und Person, von dinglichen und obligatorischen Rechten. Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. S. 429. 451. R.)

kommen genügt wird, — ein Bedürfniß, das sowohl in den Exigenzen des Verkehrs überhaupt, als auch darin seinen Grund hat, daß jemand oft in dem Fall ist, durch Bevollmächtigte Verträge schließen zu müssen (§. 273) — wird durch die Möglichkeit befriedigt, die Ausübung der Obligatio einem Anderen zu übertragen[b]). Der Schuldner kann einen Stellvertreter bestellen, der für ihn die Klage übernimmt, der Gläubiger einen, der die Forderung statt seiner geltend macht, und in beiden Fällen kann dieß so geschehen, daß der Procurator es für eigene Rechnung, procurator in rem suam ist, daß er also dort selbst die Bezahlung des Gläubigers übernimmt[c]), hier das von dem Schuldner Beygetriebene behält, wodurch in der That, auf eine der Natur der Obligationen entsprechende Weise, der Zweck einer Uebertragung, soweit ein wirkliches Bedürfniß dafür besteht, so vollkommen erreicht wird, als es durch die Uebertragung der Obligatio selbst, die dem Wesen dieses Rechtsverhältnisses widerspricht, geschehen könnte. Diese Bestellung eines procurator in rem suam von Seiten des Gläubigers heißt mandare, praestare, cedere actionem, Cession der Forderung, der Procurator Cessionar[d]).

b) (Bei Schuldurkunden auf den Inhaber, z. B. Wechseln, Staatsobligationen, Pfandbriefen, Actien, genügt dieser Ausweg nicht, weil der Ausübende sich die Einreden gegen den ursprünglichen Gläubiger gefallen lassen und alle Zwischencessionen beweisen müßte. Man hat daher die Obligatio hier so weit „verkörpert", daß man auf den Schuldschein die Tradition, die Publiciana und damit die Veräußerlichkeit und Verfolgbarkeit des Eigenthums anwendet. Nur insofern wird die Unterscheidung der Obligatio und ihrer Beweisurkunde fest gehalten, als mit dieser nicht auch jene untergeht. Dies Institut ist nicht römischen Ursprungs. Vgl. Bender, Verkehr mit Staatspapieren 2. Ausg. 1830, Souchay im Archiv für civ. Pr. X. 5 [1827] und in der Zeitschr. für Civilr. V. 4 [1832], Schumm im Archiv für civ. Pr. XIII. Beilageheft 1830, Duncker in Reyscher und Wilda Zeitschrift V. 2 [1841], Thöl, Handelsrecht I. [1841], §. 51 — 56, Savigny, Obl.-Recht II. [1853] §. 62—69. R.)

c) L. 10 §. 12 D. mand. (17, 1), L. 21 §. 2 D. de evict. (21, 2). (Näheres unter §. 285 a. R.)

d) Die Cession ist nicht auf persönliche Klagen beschränkt. (Ihering, Uebertragung der Rei Vindicatio auf Nichteigenthümer, Cession derselben, R. V. utilis, Conossement: Jahrb. für Dogm. (1858) I. Nr. 3. Vergl. Windscheid, Actio §. 22 S. 214 f., Pand. §. 337. R.) Ferner nicht auf klagbare Forderungen. In der Cession liegt auch die Uebertragung der Geltendmachung durch exceptio, ferner ist weder durch das geschriebene Recht, noch durch das Wesen der Cession die Cession einer naturalis obligatio ausgeschlossen. Vgl. L. 40 pr. D. ad S. C. Trebell. (36, 1). (Vgl. d'Avis und Arndts, Archiv für civ. Pr. XXXV. 5 [1852]. R.)

Von der Cession der Forderungen[a]).

1. Act der Cession.

§. 281.

Die Cession gründet sich entweder auf ein Rechtsgeschäft, dessen Zweck es ist, einen Anspruch darauf zu geben (Kauf, Schenkung, Tausch, Verpfändung &c.), oder auf einen Umstand, der den Gläubiger unabhängig von seinem Willen zur Abtretung der Forderung verpflichtet[b]); im ersten Fall nennt man sie voluntaria, im zweiten necessaria. Der Act der Cession aber selbst besteht, nach dem Begriff der Cession als Bestellung eines procurator in rem suam, in einem (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Mandat des Cedenten an den Cessionar, welches möglicherweise schon in dem Rechtsgeschäft, das die Cession begründet, liegen kann[c]). Aber auch ohne Mandat kann die Cession geschehen (s. g. cessio legis), es wird ersetzt durch den Anspruch auf Cession, mit welchem, so wie seiner Geltendmachung nichts mehr entgegensteht, die Verpflichtung zur Cession also als eine gegenwärtig wirksame vorhanden ist, die Cession als geschehen angenommen, und dem Cessionar die Klage als utilis actio gestattet wird, mit anderen Worten: der Cessionar kann sich für seine Klage gegen den Schuldner nicht blos durch ein wirkliches Mandat des Cedenten, sondern auch durch dessen Verpflichtung zu sofortiger Cession ad causam legitimiren[d]). Setzt der Anspruch auf die Cession eine Erklärung des

---

a) Dig. XVIII. 4 Cod. IV. 39: de hereditate vel actione vendita; Mühlenbruch, die L. von der Cession der Forderungsrechte 1817, 3. Aufl. 1836, Puchta in Weiske's Rechtslexicon: Cession (1839), (Kleine Schriften No. 17, Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts (1856) §. 15—21, Alb. Schmidt, die Grundlehre der Cession. Erster Theil 1863. Rec. dieser Schrift von Bechmann in der krit. V.-J.-Schrift X. S. 185—248, Förster, Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts (1865) I. §. 99 S. 604. R.)

b) Die einzelnen Gründe der Verpflichtung kommen an den betreffenden Orten vor, so z. B. §. 235 Note q, §. 272 Note f.

c) Streitfrage: ob der Rechtssatz, welcher den Uebergang des Eigenthums in Folge eines Kaufs suspendirt (§. 148 Note g), auch auf den Forderungskauf Anwendung finde? Puchta, a. a. O. S. 640 f.

d) S. z. B. L. 28. 55 D. de procur. (3, 3). (Dieser Stelle widerspricht jedoch L. 3 C. mand. (4, 35) und dem unmittelbaren Uebergang der Forderung im Fall der s. g. cessio legis stehen überdies L. 49 §. 2 D. de poss. (41, 2), L. 12 §. 6. 8. 9, L. 17 D. qui pot. (20, 4), L. 17 D. de fideiuss. (46, 1), L. 11 C. eod. (8, 41), L. 18 D. de pec. leg. (33, 8), L. 17 §. 2 D. de doli exc. (44, 4) entgegen. Daher und weil bei dem Eigenthum die Verpflichtung noch nicht Uebertragung sei, hat man der aufgestellten Regel vielfach widersprochen, z. B. Windscheid, Actio §. 15.

künftigen Cessionars voraus, so ist natürlich die Cession erst mit dieser geschehen[e]). Eine Einwilligung des Schuldners ist nie erforderlich[f]).

§. 282.

Von der causa cessionis hängen auch die Verbindlichkeiten des Cedenten gegen den Cessionar ab. Eine allgemeine ist, daß er der Geltendmachung der Forderung durch den Cessionar nichts in den Weg lege, ja sie, so viel an ihm liegt, möglich mache[g]). In der Regel haftet der Cedent für die Existenz der Forderung, debitorem esse, nicht aber für die Güte der Forderung, locupletem esse debitorem[h]); eine Modification dieser Grundsätze kann durch die besondere Beschaffenheit der causa cessionis herbeigeführt werden[i]).

2. Verhältniß zwischen Cedenten und Schuldner.

§. 283.

Der Cedent ist auch nach der Cession noch Gläubiger, und kann als solcher gegenüber dem Schuldner handeln[a]), bis der Cessionar mit dem Schuldner litem contestirt und durch die darin enthaltene Novation das Forderungsrecht des Cedenten aufgehoben hat[b]). Es ist

---

20, Bähr, zur Cessionslehre (Jahrb. für Dogmatik I. S. 399 f.), Thöl, Handelsr. I. §. 24 Note 7 u. A., vgl. Windscheid §. 330 Note 12. Doch ist ihr Savigny, Obl. I. S. 243 f., für den Fall des Concurses auch E. A. Seuffert, Pand. §. 298 Note 4 beigetreten und nach derselben ist entschieden in den Erkenntnissen bei Seuffert, Archiv III. 259, VI. 313, XIV. 23, XVI. 40. In der That ist die Analogie des Eigenthums nicht entscheidend (L. 8. 9 C. de hered. vend. (4, 39) und für den leichtern Uebergang der Actio spricht, daß sich sogar der Schenknehmer im justinianischen Recht ohne Proceßvollmacht schon durch den Schenkungsact selbst ad causam legitimiren kann. L. 33 C. de don. 8, 54. R.)

e) L. 76 D. de solut. (46, 3): (Modestinus) respondit, si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ex cessione actum, cum nulla actio superfuerit: quod si ante solutionem hoc factum est, vel cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio quae fuit, peremta videatur.

f) L. 1 C. de novat. (8, 42).

g) Vgl. L. 6. 14 pr. 23 D. h. t. (18, 4).

h) L. 4. 5 eod., L. 30 D. de pign. (20, 1), L. 74 §. 3 D. de evict. (21, 2).

i) So eine Nichthaftung für die Existenz, L. 31 pr. D. de A. E. V. (19, 1), L. 18 §. 3 D. de donat. (39, 5), L. 75 §. 1. 2 D. de leg. I. (30): Haftung für die Güte, vgl. Puchta a. a. O. S. 653 f. (Besonders: Schliemann, die Haftung des Cedenten (1848) 2. Ausg. (1850). R.)

a) L. 3 C. mand. (4, 35), L. 3 C. de novat. (8, 42), vgl. L. 55 D. de proc. (3, 3).

b) L. 3 C. de nov. (8, 42), L. 11 §. 1 D. eod. (46, 2): Fit autem delegatio

aber noch ein anderes als dieses äußerste Mittel gegeben, die fortdauernde Einwirkung des Cedenten auf die Obligatio auszuschließen, die (gleichzeitige oder nachfolgende) Benachrichtigung des Schuldners von der Cession[c]). Der Schuldner wird von da an gegen die Ansprüche des Gläubigers geschützt[d]).

---

vel per stipulationem vel per litis contestationem. L. 2 C. de O. et A. (4, 10). (Man hat die erste Stelle auf die mandata actio beschränken wollen, so: Bähr, Jahrb. für Dogm. I. S. 378 f. Dagegen: Windscheid §. 331 Num. 4. Dabei ist jedoch das Verhältniß der actio mandata und utilis unrichtig aufgefaßt. Beide sind materiell eigene Klagen des Cessionars, denn auch der procurator in rem suam erhält durch das Mandat ein eigenes Forderungsrecht, wenn er es auch formell mit einer intentio alieno nomine und blos subjectiver Umstellung der condemnatio verfolgen muß. Der Unterschied ist nur, daß die Vollmacht zur Delegation oder Litiscontestation in der mandirten directa actio wirklich ertheilt, die utilis aber ohne Rücksicht auf eine Vollmacht gegeben wird, so daß diese letztere entweder als eine Fictionsklage oder als eine in factum actio mit einer Intentio aus der Person des Erwerbers gedacht werden muß, L. 5 C. quando fiscus (4, 15), L. 1 C. de mag. conv. (5, 75), L. 18 C. de leg. (6, 37), L. 1. 2 C. de obl. et act. (4, 10), L. 4 §. 1 C. si cert. (4, 2), L. 9 C. de hered. vend. (4, 39), L. 33 C. de don. (8, 54). Die Streitfrage, ob das Mandat oder die directe Obligation fingirt werde (Windscheid, Actio S. 128, Förster I. S. 608. 609) ist eine ganz untergeordnete processualische Frage der Conception. R.)

c) L. 4 C. quae res pign. (8, 17). Bey der in dem Verkauf einer Erbschaft liegenden Cession, wie bey der Restitution eines Universalfideicommisses, bedarf es nicht einmal der Benachrichtigung, die irgendwie erlangte Kenntniß des Schuldners hat dieselbe Wirkung, L. ult. D. de transact. (2, 15), Mühlenbruch, Cession S. 494. (Musset, Ztschr. für Civilr. u. Pr. N. F. XII. S. 300, Bähr a. a. O. S. 416 f. Einige erheben die Ausnahme zur Regel, s. dagegen Knor, Archiv für civ. Pr. XLVI. 3. Die Praxis schwankt zwischen Nothwendigkeit der Anzeige durch den Cessionar (Seuffert, Archiv VI. 25, XII. 338, XV. 120 Nr. 3) und durch den Cedenten (III. 156, XV. 120 Nr. 1. 2), nicht aber durch Dritte (XIII. 91). Die Zurückführung der Anzeige auf eine Besitznahme der Forderung (Windscheid, Actio S. 141. 187, Abwehr S. 80) oder eine Besitzentsetzung des Cedenten (Kuntze zu Holzschuher III. §. 233 No. 1) enthält übrigens eine Vermischung mit nur entfernt ähnlichen Begriffen des Sachenrechts. R.)

d) L. 16 pr. D. de pact. (2, 14), L. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7). (Walbeck, über die dem debitor cessus aus der Cession gegen den Cedenten und den spätern Cessionar zustehende Einrede und einige damit zusammenhängende Rechtsfragen, Archiv für civ. Pr. LI. N. F. I. (1868) No. XIV. S. 233 f. Neuerdings lassen Bähr a. a. O. I. S. 369 f., Salpius, Novation S. 419. 420 die Ausschließung des bisherigen Gläubigers von der Forderung schon mit der Cession selbst eintreten, während Muther, Actio S. 171 ihn umgekehrt selbst nach der Denunciation lediglich von der Klage ausschließt, die Zahlungsannahme und sonstige Liberation dagegen fortwährend gestattet. Die letztere Ansicht ist bereits von Windscheid §. 331, 8, Arndts §. 256, 3 genügend widerlegt worden. Der erstern aber ist einzuräumen, daß die Einrede fehlender Legitimation gegen die directe Klage des Cedenten sofort begründet sein **kann**, wenn der Schuldner von der Cession gleichzeitig benachrichtigt ist. R.)

3. Verhältniß zwischen Cessionar und Schuldner.

§. 284.

Die Stellung des Cessionars ist durch den Begriff der Cession gegeben, sie beruht auf zwey zusammenwirkenden Momenten: sein Verhältniß ist die Ausübung einer fremden Forderung (er ist procurator), aber diese Ausübung ist sein eigenes selbstständiges Recht (er ist procurator in rem suam).

Er macht die Forderung mit allen ihren Accessionen geltend, die sie bis zur Cession erhalten hat[a]), sey es durch Handlungen des Cedenten oder ipso iure, durch ius commune oder ius singulare, durch privilegia causae oder personae[b]). Das der Forderung im Fall des Concurses zukommende privilegium exigendi erwirbt der Cessionar eintretenden Falls, wenn es ein privilegium causae ist[c]), ein privilegium exigendi personae hat er nicht aus der Person des Cedenten[d]). Nach demselben Princip hat der Schuldner die Einreden gegen den Cedenten auch gegen den Cessionar, vorausgesetzt, daß sie gegen den Cedenten als Gläubiger gerichtet sind und daß ihre Begründung dem Zeitpunkt, wo der Schuldner zu dem Cessionar in ein ausschließliches Verhältniß trat (§. 283), zuvorgekommen ist[e]).

Ist der Cessionar eine privilegirte Person, so steht der Anwendung der die Obligatio selbst nicht betreffenden Privilegien (z. B. der processualischen) nichts entgegen, ausgeschlossen aber ist die Anwendung

---

a) L. 23 pr. D. h. t. (18, 4), L. 6. 7 C. de O. et A. (4, 10), L. 14 C. de fidei. (8, 41). Auch das nach der Cession von dem Cedenten erworbene Pfandrecht, L. 6 D. h. t.

b) L. 24 pr. D. de minor. (4, 4), L. 43 D. de usur. (22, 1), L. 2 C. de his qui in prior. (8, 19).

c) L. 2 D. de cess. bon. (42, 3), L. 24 §. 3 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

d) L. 42 D. de adm. tut. (26, 7): Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit, in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur. non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem. L. 68 D. de R. I. (50, 17). Von dem privilegirten Pfandrecht, wovon kein Schluß auf das privilegium exigendi zulässig ist, spricht L. 7 C. de priv. fisci (7, 73): Si in te ius fisci, cum reliqua solveres debitoris, pro quo satis faciebas, tibi competens iudex adscripsit et transtulit, ab his creditoribus, quibus fiscus potior habetur, res, quas eo nomine tenes, non possunt inquietari. S. über diese Streitfrage Puchta a. a. O. S. 657 f.

e) Vgl. Francke, Archiv für civ. Pr. XVI. 15. In dem geschriebenen Recht ist dieser Punkt nicht ausdrücklich entschieden. Ueber die Widerklage s. L. 33 §. 5, L. 34. 70 D. de proc. (3, 3). Puchta a. a. O. S. 663.

der die Forderung selbst modificirenden, so lange diese nicht (durch Litiscontestation und Urtheil) seine eigene geworden ist[f]).

4. Beschränkung der Cession.

§. 285.

Was cedirt wird, ist die Forderung (actio), nicht der Grund derselben, das obligatorische Verhältniß (daher denn auch der Grund der Forderung für ihre Cessibilität gleichgültig ist). Daß daher zwar die actio emti oder venditi, locati oder conducti, nicht aber die Obligatio aus dem Kauf- oder Miethvertrag selbst, daß ferner zwar die actio pro socio, mandati, die Alimentenklage, nicht aber die Alimentenberechtigung, das Mandats- und Societätsverhältniß als dauernde Quelle von Forderungen, cedirt werden kann, ist keine besondere Beschränkung der Cession, sondern eine in ihrem Begriff liegende.

Ferner ist die Cession aus Gründen, die in ihrer sonstigen Natur gegeben sind, in gewissen Fällen ausgeschlossen, die sich folgendergestalt classificiren: 1) Das Resultat der Cession ist die gerichtliche Geltendmachung der Forderung durch den Cessionar gegen den Schuldner, daher kann sie nicht geschehen an eine Person, die in der väterlichen Gewalt des Schuldners steht, oder diesen in ihrer väterlichen Gewalt hat, weil zwischen dem Gewalthaber und dem Unterworfenen kein Rechtsstreit möglich ist[a]); 2) der Cessionar kann die Forderung nicht aus eigenem Recht haben, daher kann eine Popularklage nicht einem anderen Bürger cedirt werden[b]); 3) durch die Cession darf die Forderung nicht verändert werden, sie ist ausgeschlossen, wo die Geltendmachung durch einen Anderen für eigene Rechnung diese Folge haben würde; dieß würde der Fall seyn bey Popularklagen, wenn sie einem Fremden cedirt würden, eben so bey der Cession der Injurien-

---

f) Unanwendbar auf diese Frage ist L. 38 pr. D. de minor. (4, 4). Mit dem Princip der obigen Entscheidung im Einklang, wenn sie auf die Cession zu beziehen wäre, würde seyn L. 6 pr. D. de iure fisci (49, 14): Fiscus, cum in privati ius succedit, privati iure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur, ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an vero posteaquam convenit debitorem, an posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur; et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. At in privilegio varie rescriptum est, puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est.

a) L. 7 D. de O. et A. (44, 7), L. 4 D. de iud. (5, 1).

b) L. 5 D. de pop. act. (47, 23).

klage und anderer actiones vindictam spirantes, der Forderung auf Bestellung einer Personalservitut, und andere Leistungen, auf deren Inhalt die Beschaffenheit des Empfängers Einfluß hat. Eine accessorische Forderung kann nur so cedirt werden, daß dem Cessionar zugleich die Geltendmachung der Hauptforderung, wenn auch nicht selbstständig, doch soweit sie in der accessorischen nothwendig mit geschieht, übertragen wird.

Endlich aber sind noch singuläre Beschränkungen der Cession eingeführt, vornehmlich um einer Verschlimmerung der Lage des Schuldners durch dieses Geschäft, soweit sie nicht schon durch Begriff und Wesen des Instituts beseitigt ist, vorzubeugen: 1) Die Cession von Forderungen gegen bevormundete Personen an die Vormünder derselben ist nicht blos nichtig, sondern die Forderung selbst wird dadurch zum Vortheil des Schuldners aufgehoben[c]). 2) Das Verbot der Veräußerung litigioser Sachen ist auf die Cession litigioser Forderungen ausgedehnt worden, mit Ausnahme der Cessionen bey Bestellung einer Dos oder donatio propter nuptias, bey einem Vergleich, bey einer Erbtheilung und in Folge eines Vermächtnisses, Fälle, in denen der Verdacht einer Gefährdung des Schuldners wegfällt[d]). 3) Die Cession an eine einflußreichere Person ist verboten, wenn sie in der Absicht geschieht, den Schuldner durch die Vorschiebung des mächtigeren Gegners in eine nachtheiligere Lage zu versetzen[e]). Diese Absicht wird entschieden vorhanden seyn, wenn die Cession nur eine simulirte ist, um den Beistand des Mächtigeren zu gewinnen, aber auch eine wirkliche Cession schließt jene Absicht und damit die Anwendung des Gesetzes nicht aus[f]). Die Wirkung des Verbots ist Nichtigkeit der Cession und Aufhebung der Forderung, zu wessen Gunsten ist streitig, da Manche die Forderung dem Fiscus zuzusprechen geneigt sind. Ohne Grund, indem das Gesetz den Verlust der Forderung ohne weiteren Zusatz ausspricht, also nichts Anderes als die Befreiung des Schuldners festsetzt; eine Forderung aufheben, heißt einfach, den Schuldner befreien[g]). 4) Dieselbe Bedeutung und Wirkung hat das

c) Nov. 72 c. 5. Zu mißbilligen sind die verschiedenen Versuche der Einschränkung, die man gemacht hat, theils hinsichtlich der Fälle, theils hinsichtlich der Wirkung (es bleibe eine naturalis obligatio zurück).

d) L. 2—4 C. de litig. (8, 37). (Spangenberg, Archiv für civ. Praxis IX. 24 [1826], Zimmermann, daselbst XXXV. 13 [1852]. R.)

e) Cod. II. 14: ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre.

f) L. 2 C. eod.

g) Dieß ist auch der Entscheidung eines anderen Falls gemäß, wo noch eher ein Zweifel möglich war, L. ult. D. de litig. (44, 6): — Sed duplum utrum fisco an

reichsgesetzliche Verbot der Cession der Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen Christen (der als potentior betrachtet wird)[h]). 5) Wichtiger als alle diese ist die von Kaiser Anastasius eingeführte Beschränkung, nach welcher ein Cessionar, der die Forderung gekauft hat, nicht mehr einklagen soll, als er selbst dafür gegeben hat (lex Anastasiana)[i]). Die Intention des Gesetzes ist, den Handel mit Forderungen, der so oft zum Nachtheil der wahren oder angeblichen Schuldner ausschlägt, unmöglich zu machen; daher sind die Cessionen bey Gelegenheit einer Auseinandersetzung unter Communionsinteressen, bey der datio in solutum, bey der Abfindung eines Gläubigers durch den Pfandbesitzer im Gesetz ausgenommen, und eben so sind die Cessionen von Forderungen auszunehmen, welche bey ihrer Contrahirung schon die Bestimmung, Gegenstände des Handels zu werden, erhalten haben (wie Wechselforderungen und Staatsobligationen). Die Wirkung des Gesetzes ist, daß der Cessionar nicht mehr einklagen kann, als er für die Forderung gegeben hat, die Ausflucht der theilweisen Schenkung soll nicht gehört werden[k]).

---

adversario praestandum sit, nihil exprimitur. Fortassis autem magis adversario, ut id veluti solatium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.

h) R. A. 1551 §. 78. 79, R. P. O. 1577 Tit. 20 §. 4. Vgl. Glück, Comment. XVI. S. 431—33.

i) L. 22 C. mand. (4, 35): Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare, hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere, cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, iura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem iubemus, in posterum huiusmodi conamen inhiberi, nec enim dubium est, redemtores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt: ita tamen, ut si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit; exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contigit, et his quascunque vel creditor, vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit, nec non his, quas inter legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione intercedente redemtor, sicuti superius declaratum est, magis exsistit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones. Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes, huiusmodi legi locum non esse, sed antiqua iura esse servanda, ut cessiones tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam immutatione obtineant. Puchta a. a. O. S. 647—51.

k) L. 23 C. eod.

Der Einwand, welchen der Schuldner gegen die Klage des Cessionars hat, steht auch einem zweiten Cessionar aus der Person des ersten entgegen[l]). Die Beweislast bestimmt sich nach den gewöhnlichen Regeln, bey dem Einwand aber des anastasischen Gesetzes ist die gewöhnliche Ansicht, die dem Cessionar auferlegt, zu beweisen, daß er, so viel er einklagt, auch gegeben habe (vorausgesetzt, daß der Kauf als causa cessionis feststeht), nach der Intention des Gesetzes durchaus zu billigen[m]).

(Von der Uebernahme der Schulden.

§. 285 a.

Die Singularsuccession auf der Schuldseite, sei es in eine Gesammtheit passiver Obligationen, wie bey Erbschaftsverkäufen, Erbschaftsvermächtnissen und Erbtheilungen, oder in ein einzelnes Schuldverhältniß, setzt dieselben obligatorischen und indirecten Uebertragungsformen voraus, wie die active Cession der Forderungsrechte (§. 280 a). Der neue Schuldner muß entweder dem Gläubiger versprechen, was ihm der bisherige schuldete, dann wird dieser entlastet, aber die Schuld des Uebernehmers ist eine neue, die Uebernahme enthält eine Novation, Bürgen und Pfänder werden frei: oder der Uebernehmer vertritt den Schuldner im Proceß unter Verzichtleistung auf den Regreß im Fall der Verurtheilung, dann bleiben die Pfandrechte und Concursprivilegien bestehen[a]).

Die Schuldübernahme ist möglich durch eine freiwillige Intercession, ohne Auftrag, ja ohne Wissen und Willen des bisherigen

l) Dagegen Arnold, prakt. Erörterungen I. 13 (1844) scheinbar mit Recht, wenn man erwägt, daß dem Schuldner keine Einrede aus der Person des ersten Cessionars zugestanden werden kann, zu welchem er in kein bestimmtes Verhältniß getreten war. Anders aber stellt sich die Sache, wenn das Cessionsverbot als Strafgesetz aufgefaßt wird, dessen Folge durch die verbotene Cession schlechthin und unveränderlich eingetreten ist.

m) Dagegen Burchardi, Archiv für civ. Pr. XVI. 8 (1835); mit Unterscheidung der exceptio legis Anastasianae als Einwand der mangelnden Sachlegitimation und als Einrede der Verwirkung der Forderung: Brackenhoeft, das. XXIII. 6 (1840). (Herrmann, das. XXXI. 3 [1848]. Die Praxis ist überwiegend für Beweislast des Erwerbers. Seuffert's Archiv I. 29, V. 126, XV. 19. Ueber die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbots vgl. Seuffert im Archiv für civ. Pr. LI. N. F. I. (1868) No. VI. S. 102—110, welcher nach Analogie des pactum de non alienando Unverbindlichkeit für den Schuldner behauptet. R.)

a) (L. 29 D. de nov. (46, 2), L. 13 §. 4 D. de pign. (20, 1). Eine Succession wird ausdrücklich anerkannt in L. 24 D. de pec. const. (13, 5), die Obligation wird als res, nur nicht als corporalis (§. 280 a) behandelt. (Gai. 2. 14. 28. 38).



Schuldners, dessen Lage durch sie nur gebessert wird[b]). Es genügt also Stipulation (expromissio §. 291) oder (bey streitigen Ansprüchen) Defension, also ein Geschäft oder ein Proceß zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer.

Es kann aber auch ein Geschäft (Kauf, Schenkung, Vergleich) zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldnachfolger vorausgehen, in Folge dessen der letztere die Schulden zu übernehmen hat. Dies ist für den Gläubiger eine res inter alios acta, die Klage desselben geht nach wie vor gegen den bisherigen Schuldner, dieser hat nur gegen den Uebernehmer Ansprüche aus dem Geschäft[c]). Erst wenn sich der Gläubiger mit dem neuen Schuldner durch eine vollzogene Delegation, sei es in Folge einer Ueberweisung oder einer Bevollmächtigung des letztern auf eigene Rechnung (in rem suam), förmlich eingelassen hat[d]), wird der frühere Schuldner entlastet und der neue tritt an seine Stelle[e]), selbst im Fall der Insolvenz des Letzteren[f]), doch bleibt der Regreß gegen Ersteren, wenn sich der Gläubiger gegen die Gefahr der delegatio gedeckt hat[g]). Eine unmittelbare Verpflichtung auf eine utilis actio ohne vorgängige Einlassung des Gläubigers tritt ausnahmsweise bey dem Vermächtniß einer Erbschaft ein (§. 557).

Der Expromittent und Delegat kann dem bisherigen Schuldner anderweit verpflichtet seyn und sein Schuldverhältniß durch Uebernahme eines andern lösen wollen: dies kann eine doppelte Entlastung zur Folge haben.

Mit dem Wegfall der Stipulation, der Litiscontestation durch Vertrag und des Grundsatzes, daß die Obligation in dem Handelnden selbst ihren Anfang nehmen müsse (§. 273 b), hat sich die Schuldüber-

---

b) L. 23, L. 91 D. de solut. (46, 3), L. 8 §. 5 D. de novat. (46, 2).

c) L. 28 D. de don. (39, 5), L. 72 D. de iure dot. (23, 3), L. 2 C. de hered. vend. (4, 32), Gai. 2, 252.

d) L. 11 D. de nov. (46, 2): Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit §. 1. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem. Dagegen ist das einleitende Geschäft (iussus) formlos: L. 17 D. eod. Delegare scriptura vel nutu — debitorem suum potest. Salpius, Novation S. 100. 386.

e) L. 2 in fin. C. de novat., L. 61 D. de proc. (3, 3), L. 4 pr. D. de re iud. (42, 1), L. 8 D., L. 1 C. quando ex facto tut. (26, 9. 5, 39).

f) L. 26 §. 2 D. mand. (17, 1), L. 18 D. de fidei. (46, 1), L. 8 §. 3 D. ad S. C. Vell. (16, 1) solvit enim et qui reum delegat. Salpius, Novation S. 103.

g) L. 45 §. 7 D. mand. (17, 1): — tunc enim liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen eius creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur.

nahme vereinfacht[h]). Die Schuldübernahme kann dem bisherigen Schuldner gegenüber erklärt werden, der Umweg der Novation hört auf, die alte Obligation und das Pfandrecht geht auch ohne Vorbehalt (§. 213e) auf den Uebernehmer über, nur die Befreiung des frühern Schuldners bleibt bis zum Accept des Gläubigers, welchem auch nach heutigem Recht wider seinen Willen kein neuer Schuldner aufgedrungen werden kann, suspendirt. Die gegen die Forderung selbst gerichteten Einreden bleiben dem Uebernehmer, da mit dem Schuldverhältniß selbst auch dessen Beschränkungen auf ihn übergehen.

Die positiven Beschränkungen der activen Cession fallen bey passiven weg, soweit nicht das Schuldverhältniß seines höchst persönlichen Charakters wegen der Uebertragung widerstrebt. R.)

V. Aufhebung der Obligatio[a]).

§. 286.

Die durch den Inhalt jeder Obligatio selbst gegebene Art ihrer Aufhebung ist die durch Leistung des geschuldeten Gegenstands; eine gleiche Wirkung müssen wir der Befriedigung des Gläubigers überhaupt, unter welchen allgemeineren Begriff auch jene Leistung fällt, zuschreiben. Aber auch ohne Befriedigung des Gläubigers kann die Obligatio aufgehoben werden, theils mit, theils ohne seinen Willen, und hier aus Gründen, die entweder bey allen, oder nur bey gewissen Obligationen vorkommen können.

Die Aufhebungsgründe zerstören entweder die Obligatio ipso iure, so daß mit ihrem Eintritt keine Obligatio mehr vorhanden ist, oder ope exceptionis, so daß sie dem Schuldner eine Einrede geben, durch die er die Forderung zurückweisen kann. Dieser Unterschied ist keiner des Grades, in beiden Fällen kann die Obligatio ganz zerstört werden (und dieß ist die Regel)[b]), oder nur der civile Theil derselben,

h) Die Aufstellung und Begründung des modernen (deutschrechtlichen) Princips ist ein Verdienst der Schrift von Berthold Delbrück: die Uebernahme fremder Schulden nach gem. und preuß. Recht (1853), vgl. Beseler, System des deutschen Privatr. (1853) II. §. 118, Busch, Vertr. zu Gunsten Dritter §. 18—24 (1860), Bähr, Jahrb. für Dogm. VI. S. 170 (1863), Zaun, Archiv für prakt. R.-W. N. F. I. S. 113—171 (1864), Salpius, Novation §. 55. 56. 67—69. 80 (1864), Förster, Theorie des gem. und pr. Privatrechts I. (1865) §. 102. Die verschiedenen Constructionen dieser Schriftsteller gehen noch weit auseinander, vgl. Windscheid §. 338, 7. R.)

a) Inst. III. 29: quibus modis tollitur obligatio.

b) L. 26 §. 3. 7 D. de cond. indeb. (12, 6).



so daß naturalis obligatio manet[c]); sondern ein Unterschied in der Herbeiführung dieser Wirkung. Die Aufhebung ope exceptionis besteht in einem dem Schuldner zustehenden Recht, welches die Forderung unwirksam macht; dieses Recht kann möglicherweise wegfallen, und dadurch die Forderung, die noch nicht actuell aufgehoben war, wieder wirksam werden[d]). In vielen Fällen liegt der Grund, warum einem Umstand im R. R. die Wirksamkeit ipso iure versagt ist, nur in dem Verhältniß der verschiedenen Rechtsquellen zu einander, welches für das heutige Recht nicht mehr diese unmittelbar praktische Bedeu-

c) L. 2 §. 2 D. de cap. min. (4, 5), L. 19 pr. 60 pr. D. de cond. indeb. (12, 6). (Wann die stärkere oder schwächere Wirkung eintritt, ist nach der Natur der einzelnen Exceptionen zu beurtheilen, vgl. z. B. L. 40 pr. D. de condict. indeb. [12, 6], die man deshalb nicht generalisiren darf. Im allgemeinen läßt sich die stärkere Wirkung behaupten, wenn die exceptio mit dem ius gentium [der naturalis ratio oder aequitas] übereinstimmt. Savigny, System V. §. 249, Obl.-Recht I. §. 13 S. 115 ff. Vgl. L. 66 D. de R. I. [50, 17] Marcellus: Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem iustam, nec ab aequitate naturali abhorrentem. Die Mißverständnisse dieser Stelle [z. B. von einer Exception, der keine Replik entgegensteht: Kierulff, Theorie S. 185, Fein, Archiv XXVI. S. 388] rühren daher, daß man den Zusammenhang dieses Ausspruchs ignorirte. Er bezieht sich [nach der Inscription: Iulianus lib. LX digestorum] ebenfalls zunächst nur auf eine einzelne Einrede: die exceptio legis Cinciae, welche, sofern sie auf einer lex beruhte, iusta, wegen ihres Schutzes der Cognaten aber naturalis war. R.)

d) L. 27 §. 2 D. de pact. (2, 14): Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret; prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur. et ideo replicatione exceptione elidetur. Eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit. Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit postea paciscendo, ut agere possit, agere, quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est. non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti emti. non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. Quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum. Quod et in specie dotis actionis procedere potest, puta pactam mulierem, ut praesente die dos redderetur, deinde pacisci ut tempore ei legibus dato dos reddatur, incipiet dos redire ad ius suum, nec dicendum est, deteriorem conditionem dotis fieri per pactum. quotiens enim ad ius, quod lex naturae eius tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. Haec et Scaevolae nostro placuerunt (Paul.) L. 95 §. 4 D. de solut. (41, 3): Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur. ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur (Papin.).

tung hat. Anders da, wo aus materiellen Gründen der zweite Weg der Aufhebung festgesetzt worden ist[e]).

Jede Aufhebung der Obligatio hat eine Befreiung des Schuldners zur Folge. Aber es ist auch, ohne daß eigentlich die Obligatio selbst und unmittelbar aufgehoben wird, eine Befreiung möglich, welche freilich, wenn nur Ein Schuldner ist, dieselbe Wirkung hat, nicht so aber, wenn der befreite nicht der einzige Schuldner war, also bey der Correalobligation[f]).

Solutio[a]).

1. Eigentliche Zahlung.

§. 287.

Eigentliche Zahlung ist die Leistung dessen, was geschuldet wird (§. 239. 240), in dieser Absicht[b]), an den Gläubiger unmittelbar oder dessen verus procurator[c]), oder an die Person, an die außer dem Gläubiger die Zahlung dem Schuldner contractmäßig zusteht (solutionis causa adiectus), vorausgesetzt, daß sie nicht eine den Gläubiger gefährdende Veränderung der persönlichen Stellung erlitten hat[d]). Daß die Zahlung von dem Schuldner geschehe, ist an sich nicht wesentlich[e]). Die Zahlung kann durch (gerichtliche) Deposition der Leistung geschehen, wenn sie an den Gläubiger nicht, oder nicht mit Sicherheit möglich ist[f]), ja unter Umständen kann der Schuldner

e) Ob die Exceptio vor dem Prätor vorgeschützt werden mußte, um in die Formel gesetzt zu werden, oder ob sie auch ohne dieß bey dem Richter gebraucht werden konnte, z. B. pacti, doli exceptio inest bonae fidei iudiciis, L. 3 D. de resc. vend. (18, 5), L. 21 D. sol. matr. (24, 3), ist ein rein processualischer Unterschied. Materiell ist die eine so gut eine Exceptio als die andere.

f) §. 235 Note l.

a) Dig. XLVI. 3, Cod. VIII. 43: de solutionibus et liberationibus.

b) L. 14 §. 8, L. 55 D. h. t.

c) L. 12 pr. §. 4, L. 14. 15 eod.

d) L. 106 D. eod.: Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere. Nam cui iure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest, cui vero alias permisero solvi, ei non recte solvitur, si priusquam solveretur, denuntiaverim promissori, ne ei solveretur. L. 9 pr. 10. 12 §. 1. 3, L. 38 pr. eod., L. 56 §. 2, L. ult. §. 2 D. de V. O. (45, 1), L. 23 D. de fidei. (46, 1). Vgl. Brandis, Rhein. Museum V. 11.

e) L. 23. 40. 53 D. h. t. (46, 3).

f) L. 7 §. 2 D. de minor. (4, 4), L. 18 §. 1 D. de usur. (22, 1), L. 6. 19 C. eod. (4, 32), L. 8 C. de distr. pign. (8, 28). (Zimmern, Archiv für civ. Pr. III. S. 9, Thibaut das. V. S. 332, Mommsen, Beitr. III. S. 306—308. Vgl. Handelsgesetzb. Art. 343. Vorheriges Anerbieten L. 2 C. de usur. (4. 32). Recht der

sich der zu leistenden Sache sogar ohne Deposition entledigen[g]). Wenn der Schuldner eine Zahlung macht, die nicht zur Tilgung aller seiner Schulden gegen den Empfänger hinreicht, so kann er selbst bey der Zahlung bestimmen, welche Schuld er abträgt[h]), thut er es nicht, so kann der Gläubiger es in continenti bestimmen, willkürlich, wenn der Schuldner es sich gefallen läßt, außerdem aber wie es dem Schuldner selbst am vortheilhaftesten ist[i]). Ohne eine solche Bestimmung ist das Gezahlte zuerst auf die Zinsen, sodann auf das Capital abzurechnen[k]), sodann ist die fällige Schuld vor der nicht fälligen[l]), ferner die lästigere vor der weniger lästigen als bezahlt anzunehmen, z. B. die sub poena, die verbürgte, die mit Pfand versehene, die eigne vor der Bürgschaftsschuld u. s. f.[m]); entscheidet dieß nicht, die ältere[n]), und im äußersten Fall endlich jede pro rata[o]). Ein größerer Spielraum ist dem Gläubiger gegeben, wenn er sich selbst aus dem Erlös eines für mehrere Forderungen ohne nähere Bestimmung gegebenen Pfandes bezahlt[p]). Zuerst rechnet er auf die Zinsen ab[q]), sodann auf die Capitale, nach seiner Wahl, nichtklagbare wie klagbare. Nur wird eine gleichzeitige Bestellung des Pfandrechts für mehrere Forderungen als eine pro rata genommen, weshalb hier ohne Wahl der Erlös an jeder pro rata abzurechnen ist[r]).

Die Zahlung muß von dem Alleganten bewiesen werden, nur giebt es Präsumtionen, die dieses Beweises überheben: Zurückgabe des Schuldscheins an den Schuldner[s]), Zeichen an demselben, wie sie bey Tilgung der Forderung vorzukommen pflegen[t]); Quittungen über die drey letzten Termine lassen die Zahlung der früheren ver-

Zurücknahme L. 19 C. eod. „nisi forte (debitor) eius receperit". Haftung des Staats aus der gerichtlichen Annahme, Seuffert's Archiv II. 159, XVII. 123, III. 327, V. 135, VII. 321. Ueber die scheinbar widersprechende L. 2 D. h. t. vgl. Funke, Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmaterien 1852 Nr. 4. R.)

g) L. 1 §. 3 D. de peric. (18, 6).
h) L. 1. 101 §. 1, L. 102 §. 1 D. h. t. (46, 3).
i) L. 1—3 pr. eod.
k) L. 5 §. 2 eod., L. 1 C. eod. (8, 43).
l) L. 3 §. 1, L. 103 D. eod. (46, 3).
m) L. 4. 5 pr. 97 eod.
n) L. 5 pr. eod.
o) L. 8 eod.
p) L. 101 §. 1 eod.
q) L. 5 §. 2 eod., L. 35 D. de pign. act. (13, 7).
r) L. 96 §. 3 D. h. t. (46, 3).
s) L. 2 §. 1 D. de pact. (2, 14), L. 14. 15 C. h. t. (8, 43).
t) L. 24 D. de probat. (22, 3).

muthen[u]). In diesen Fällen hat also der Gläubiger die gegenwärtige Fortdauer der Obligatio zu beweisen. Auf der anderen Seite ist der Beweis der Zahlung durch folgende Rechtssätze erschwert. Eine in der Absicht, diesen Beweis zu gewähren, ausgestellte Urkunde, Quittung[v]), hat erst nach Ablauf von dreißig Tagen seit der Ausstellung Beweiskraft, bis dahin kann diese mit der querela non numeratae pecuniae (non solutae pecuniae) beseitigt werden[w]). Von dieser Beschränkung sind Quittungen über öffentliche Prästationen[x]), nach der Praxis überhaupt Quittungen, die öffentliche Urkunden sind, befreit. Die Zahlung einer schriftlich contrahirten Schuld soll in Ermangelung einer Quittung zwar durch Zeugen, aber (wenn es sich

u) L. 3 C. de apochis publ. (10, 22). Vgl. Gesterding, Archiv für civ. Pr. IV. 3.

v) L. 19 §. 1 D. de accept. (46, 4): Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias quam si pecunia soluta sit. (Pflicht zur Ausstellung einer Quittung: Busch, Archiv f. civ. Pr. XXX. 1 S. 1—12 [1848], Seuffert's Archiv I. 330. R.)

w) L. 14 §. 2. 3 C. de non num. pec. (4, 30): Super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur, partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc foeneraticia cautione apud creditorem manente solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti foeneraticii promittentes, vel si qua alterius cuiuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias vel alias res, vel partem earum significantes, intra triginta tantummodo dies post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos exceptionem non numeratae pecuniae posse obiici, ut, si hi transacti fuerint, eadem securitas a iudicantibus omnibus modis admittatur, nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere. Illo videlicet semper observando, ut, in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerre liceat. Ein sehr verbreiteter Irrthum legt der Quittung nach Ablauf der Zeit mehr als Beweiskraft bey. (Abweichende Meinungen: 1) Gneist, form. Verträge S. 25—32: Beschränkung auf Geldschulden und Schuldscheine oder doch auf Schulden aus einem Geben von Sachen, dafür: Erxleben, cond. sine causa II. S. 178, u. A. dagegen Windscheid §. 344, 3; 2) Bähr, Anerkennung S. 289: nach 30 Tagen werde nur der Gegenbeweis des Ausstellers der Quittung ausgeschlossen; 3) Schlesinger, Formalcontr. S. 280: Beschränkung der exc. n. n. pecuniae auf den Fall, daß der Aussteller binnen 30 Tagen Ausstellung der Quittung vor der Erfüllung beweist. Vgl. §. 305 Note q. r. R.)

x) L. 14 §. 1 C. eod., L. 4 C. de apoch. publ. (10, 22). (Gegen die Anwendung auf Privatpersonen: Gesterding, Archiv für civ. Pr. IV. S. 9, Sintenis II. §. 103 S. 108. Dafür: Erk. bey Seuffert, Archiv 1 Nr. 334. R.)

nicht etwa um eine durch Zufall verlorene Quittung handelt) nur durch fünf vollkommen glaubwürdige, bey der Zahlung oder dem mündlichen Empfangsbekenntniß gegenwärtig gewesene, bewiesen werden können[y]).

2. Uneigentliche Zahlung.

§. 288.

Das Factische der Zahlung, daß der Gläubiger das ihm Geschuldete erhält, so daß ihm nichts abgeht, kann eintreten, ohne daß die Erfordernisse der eigentlichen Zahlung vorhanden sind; auch in diesem Fall wird der Schuldner befreit[a]). So wenn der Gläubiger des Gläubigers befriedigt worden ist, vorausgesetzt, daß dadurch kein rechtliches Interesse des letzteren verletzt ist[b]), wenn die Zahlung dem Negotiorum Gestor des Gläubigers[c]), ferner wenn sie seinem Erblasser geschehen ist[d]), sodann wenn der Gläubiger die ex lucrativa causa geschuldete Sache anderswoher ex lucrativa causa erhalten

y) L. 18 C. de testib. (4,20), Nov. 90 c. 2. (Ungenau ist die daraus gezogene Auth. rogati C. de testib.) (Die Beseitigung dieser ängstlichen Vorschrift durch die neuere Praxis ist noch nicht hinlänglich constatirt: Gesterding a. a. O. S. 17, Linde, Ztschr. für Civilr. und Proc. I. S. 241—244, Windscheid §. 344, 2, Arndts §. 262, 1. R.

a) L. 61 D. de solut. (46, 3): In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio. L. 14 §. 8 eod.: Pnpillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est, sed si dederit nummos, non fient accipientis, vindicarique poterunt. plane si fuerint consnmti, liberabitur.

b) L. 6 D. de doli m. exc. (44, 4), vgl. W. Müller, Archiv für civ. Pr. XV. 11. (Busch, Archiv für civ. Pr. XXX. 1. S. 12—20 [1848], Fritz, Erläut. II. S. 383, Vangerow III. §. 582 Anm. 1, Windscheid §. 342 Note 42. Diese Schriftsteller beschränken die angeführte Stelle entweder durch willkürliche Voraussetzungen, z. B. dolus des Gläubigers, oder sie erklären sie von einer Gegenforderung, welche der Schuldner durch Abfindung eines Gläubigers seines Gläubigers gegen den Letzteren erwerbe. Dieses führt aber gerade auf die Regel, welche sie bestreiten, denn in der Nichtanerkennung dieses Gegenanspruches soll eben der dolus des Gläubigers enthalten seyn. Windscheid läßt eine singuläre Ausnahme zu, wenn der Aftermiether an den ersten Vermiether zahle, weil er dem ersten Miether gleichsam einen Theil der Miethe abnehme: L. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7), auch dieß ist nur Anwendung des entgegengesetzten Princips, denn ganz dasselbe kann von jeder Schuld an einen Dritten behauptet werden, welche der Schuldner seinem Gläubiger abnimmt. So ist auch in dem Erk. bey Seuffert 7, 15 die Sache angesehen. R.)

c) L. 34 §. 4, L. 58 pr. D. de solut. (46, 3).

d) L. 11 §. 5 D. de pign. act. (13, 7).

hat[e]). Hieher gehört endlich die freiwillige Compensation durch Uebereinkunft zwischen Gläubiger und Schuldner[f]).

Compensatio[a]).

§. 289.

Eine Gegenforderung kann gegen die geltend gemachte Forderung in Aufrechnung gebracht werden[b]), nicht blos wenn jene aus demselben obligatorischen Verhältniß wie diese, sondern auch wenn sie ex dispari causa herrührt[c]), hier aber setzt die Compensation, außer der Existenz der Forderung[d]) des Beklagten gegen den Kläger[e]), der Com-

e) S. g. concursus causarum lucrativarum, §. 6 I. de legat. (2, 20), L. 17 D. de O. et A. (44, 7): Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. L. 19 eod., L. 34 §. 2 D. de leg. I. (30), L. 83 §. 6 D. de V. O. (45, 1). Ein eigenes Buch hat über diesen Gegenstand geschrieben W. Sell, über die römischrechtl. Aufhebungsart der Obligationen durch conc. duar. caus. lucr. 1839.

f) L. 4 D. qui potior. (20, 4), L. 76 D. de V. S. (50, 16).

a) Dig. XVI. 2, Cod. IV. 31: de compensationibus. Hasse, über die Compensation und ihre Liquidität, Archiv für civ. Pr. VII. 9 (1824), Bethmann-Hollweg, Beitrag zur Lehre von der Compensation, Rhein. Museum I. S. 257 ff. (1827), Krug, die Lehre von der Compensation 1833, Derselbe, Archiv für civ. Pr. XXV. S. 211 ff. (1842), Tellkampf, Archiv für civ. Pr. XXXIII. 14 [1840], Krug, das. XXV. S. 211—226 [1842], Sintenis, Zeitschr. für Civilr. und Proceß XVIII. 1 [1842], Hartter, daselbst XIX. 6 [1844], (Brinz, die Lehre von der Compensation [1849], Fuhr im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft I. Nr. 16 S. 126—156 [1853], v. Scheurl, Beitr. [1853] I. Nr. 7 S. 149—189, Krug, Ztschr. für Rechtspfl. und Verwaltung für das Königr. Sachsen XIII. 6 [1854], H. Dernburg, die Compensation nach röm. Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen. 1854, zweite umgearbeitete Auflage 1868, Brinz, Jahrb. des gem. Rechts I. 2 [1857], Ubbelohde, über den Satz ipso iure compensatur [1858], Schultze, ipso iure compensari quid valeat iure bor. comm. 1860, Acher, d. Compensation im Civilpr. nach class. röm. R., Habilitationsschrift 1863, Schwanert, die Compensation nach römischem Recht. Festschrift der Rostocker Juristenfacultät 1870. R.)

b) L. 1 D. h. t. (16, 2): Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. L. 3 eod., L. 173 §. 3 D. de R. I. (50, 17): Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

c) Paul. sent. II. 5, 3.

d) L. 6. 9 pr. 14 D. h. t. (16, 2), L. 2 C. eod. (4, 31): Ex causa quidem iudicati si debitum solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio eius admitti potest. Eum vero, qui iudicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est. L. 8 D. eod.: In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio denegetur.

e) L. 16 pr. 18 §. 1, L. 23 eod., L. 9 C. eod. (4, 31), L. 1 C. eod.: — com-

pensabilität des Gegenstands[f]), der Zahlbarkeit der Forderung[g]), auch noch ihre Liquidität voraus, d. h. die Feststellung ihrer Existenz und ihres Inhalts darf nicht so bedeutend längere Zeit, als bey der eingeklagten, in Anspruch nehmen, daß diese Hemmung der letzteren als ungerecht erscheint[h]). Unter Voraussetzung dieser Erfordernisse ist die Compensation gegen jede Forderung, von welcher Art sie seyn möge, zulässig[i]), mit Ausnahme der actio depositi[k]), die Klage auf Restitution gegen den widerrechtlichen Besitzer einer fremden Sache[l]), die Klage des (Staats- oder städtischen) Fiscus auf den Kaufpreis einer von ihm verkauften Sache, auf Zurückzahlung eines Darlehens, Restitution eines Fideicommisses, Leistung öffentlicher Abgaben irgend einer Art[m]).

§. 290.

Forderung und Verbindlichkeit derselben Person gegen dieselbe

---

pensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quae petit, atque hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est —. Ueber die Compensation im Concurse vgl. Bayer, Theorie des Concursproc. §. 33, Krug, Compensation §. 68. 69. (v. Scheurl, Beitr. S. 172 f. R.)

f) Vgl. Gai. IV. 66. Paul. II. 5, 3.

g) L. 7 pr. 16 §. 1 D. h. t. (16, 2). Ortsverschiedenheit hindert die Compensation nicht, L. 15 eod.

h) L. ult. §. 1 C. h. t. (4, 31), L. 46 §. 4 D. de iure fisci (49, 14). (Verschiedene Meinungen: Zusammenhang der Liquidität mit L. 14 C. de sent. [7, 45]: Brinz a. a. O. S. 130 f. Beschränkung auf nicht verwandte und ungleichartige Gegenansprüche: Brinz S. 152, v. Scheurl, Beitr. S. 174—182. Unbedingte Zulassung illiquider Gegenforderungen vor der Litiscontestation, richterliches Ermessen nach derselben. Schwanert S. 51 f. (also nicht einmal eine halbe Maßregel?). Anwendung im heutigen Processe: Unbedingte Zulassung der rechtzeitig vorgeschützten Compensationseinrede im ordentlichen Proceß: Briegleb, summ. Proc. S. 193 Note *, Seuffert, Pand. §. 287 a. E. Archiv I. 366, VII. 108, VIII. 122, XIV. 21, XV. 17. Bedingte Zurückweisung nach der im Text angenommenen Meinung von Hasse: Seuffert, Archiv V. 123, VIII. 33, IX. 145. 279, XIV. 132. R.)

i) L. 10 §. 2. 3 D. h. t. (16, 2), L. ult. pr. C. eod. (4, 31).

k) L. 11 C. depos. (4, 34), §. 30 I. de act. (4, 6). (Ebenfalls unter Beschränkung auf Gegenansprüche ex alia causa et dispari specie, L. 23 D. depos. [16, 3]. v. Scheurl, Beitr. S. 183 f. R.)

l) L. ult. §. 2 C. h. t. (4, 31).

m) L. 3. 7 C. eod., L. 20 D. eod. (16, 2), L. 46 §. 5 D. de iure fisci (49, 14). Außerdem ist das Compensationsrecht gegen den Fiscus wenigstens dadurch beschränkt, daß die Gegenforderung innerhalb zweier Monate bewiesen werden muß, L. 46 §. 4 eod. Dieß hängt zusammen mit der Frist von drey oder zwey Monaten, die der Richter den Schuldnern des Fiscus gewähren kann, L. 45 §. 10 eod.

sind neben einander denkbar. Daß also der Gläubiger hinwiederum Schuldner seines Schuldners ist, afficirt an sich die Existenz seiner Forderung nicht; die Entstehung der compensablen Gegenforderung hebt die Forderung nicht ipso iure auf. Allerdings ist der Gläubiger, der dasselbe schuldet, als befriedigt anzusehen, aber dieses muß, aus jenem Grund, durch einen besonderen Act in Wirksamkeit gesetzt werden, durch Uebereinkunft bey der freiwilligen Compensation (§. 288 a. E.) oder durch einseitige Geltendmachung gegen die Klage des Gläubigers durch den Schuldner, ope exceptionis. Er soll aber die Forderung, die Geltendmachung und Zulässigkeit der Compensation vorausgesetzt, als von selbst um den Betrag der Gegenforderung von der Entstehung dieser an gemindert, gleich als wenn jener Act schon damals eingetreten wäre[n]), und überhaupt so betrachtet werden, als sey sie ipso iure (ganz oder theilweise) getilgt[o]). Ist die Compensation

n) L. 11 D. h. t. (16, 2), L. 4 C. eod. (4, 31): Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem (compensatione eam: Brinz a. a. O. S. 22, dagegen: Arndts §. 255, 3, Ubbelohde S. 207. R.) haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quod concurrentes quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. (Die Stelle fingirt keineswegs, daß „von selbst", sondern nur daß früher compensirt wird und auch das nur in Bezug auf den Zinsenlauf. Brinz S. 23. Nicht die Compensation, sondern nur die Compensabilität tritt ipso iure, d. h. gleich der confusio (§. 300) sine facto hominis, durch Rechtssatz vor der Geltendmachung ein; v. Scheurl, Beitr. 2. S. 210, Brinz, noch einmal ipso iure compensari in Bekker's und Muther's Jahrbuch des gem. deutschen Rechts I. S. 170; schon Azo behauptete gegen Martinus 'ipso iure fieri compensationem ita demum si opposita fuerit', vgl. Hugolinus §. 240 in Haenel, diss. dom. (1834) pag. 422. 423. Ursprünglich war von der Compensation der Argentarien, Gai. 4, 64, mittels einer Intentio auf amplius die Rede; vgl. Edict. perp. (1869) §. 98 not. 3 p. 109. R.)

o) L. 4 D. eod.: Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest. L. 21 eod.: Posteaquam placuit inter omnes, id quod invicem debetur, ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato caveri, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur. §. 30 I. de action. (4, 6): In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in strictis iudiciis ex rescripto D. Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque —. (Im Widerspruch mit der auch im Text

versäumt worden, so kann dieß dem Berechtigten die condictio inde-

angenommenen herrschenden Lehre führt Brinz a. a. O. §. 5—24 aus: 1) daß die Compensation nie und in keiner Weise von selbst eintritt, 2) daß per exceptionem nicht compensirt werden kann — die exceptio doli in L. 2 D. h. t. ist nach L. 21 cit. aufgehoben. Vgl. jedoch über den zweiten Punkt v. Scheurl. Beitr. 2 S. 159—169. 186—189, Keller, röm. Civilproceß [1852] §. 36 S. 150 ff. und überhaupt Schwanert S. 8 f. Eine blos rechtshistorische Bedeutung hätte der Satz, daß ipso iure compensirt wird nach Dernburg a. a. O. [Note a] S. 312, er sage nur, daß die Compensation nicht mehr vom billigen Ermessen des Richters oder von besonderen Umständen abhänge, sondern ein allgemeines, nach den Grundsätzen des Rechts selbst eintretendes Parteienrecht geworden sey. Neuerdings will wieder Brinz im Jahrb. des gem. deutschen Rechts I. 2 (1857) in dem ipso iure compensari nur die Aufhebung seit dem Moment der Coexistenz der Forderung und Gegenforderung finden (vgl. Note n), während Ubbelohde „Ueber den Satz: ipso iure compensatur“ (1858) S. 180 f. ausführt, daß nicht ope exceptionis compensirt werde, wovon die Folge seyn soll, 1) daß auch der Kläger compensiren kann (L. 21 D. h. t.), 2) daß die Compensationseinrede nicht erst nach der Klage bewiesen wird. L. 9 C. de exc. (8, 36), L. 19 C. de probat. (4, 19). Ubbelohde S. 270. 275. Diese Unterscheidung in Betreff des Beweises ist jedoch so wenig begründet (Bethmann-Hollweg, Civilpr. 3, 274, Dernburg S. 309, Schwanert S. 32), wie Schwanert's eigene Meinung S. 30. 32, nach welcher die Compensation ipso iure den Vortheil des Nachbringens bis zum Urtheil gewähren soll, die exceptio dagegen vor der Litiscontestation vorgeschützt werden müsse. Er beruft sich zwar auf die Ausführung Wiedings, Libellproceß S. 210, daß das Nachbringen der Exceptionen nur im Wege der Restitution gestattet sey. Allein Wieding verkennt S. 215, daß diese Restitution edictal, also ein Rechtssatz des ordentlichen Rechts (ex ordine, vgl. Edictum perp. (1869) §. 44) geworden ist. Dazu kommt, daß diese angeblich Justinianische ipso iure-Compensation von Schwanert nicht durchgeführt wird (oben §. 289 Note h). — Der Grundfehler dieser ebenso zahlreichen wie unbefriedigenden Erklärungen liegt darin, daß sie sämmtlich den Gegensatz des ipso iure innerhalb der gerichtlichen Compensation suchen, während er vielmehr außerhalb derselben zu finden war. Denn ipso iure bezeichnet einfach nichts anderes als die nothwendige durch die Rechtsordnung gegebene Compensation im Gegensatz der freiwilligen außergerichtlichen Compensation durch Vertrag. Damit fallen alle jene rechtshistorischen, processualischen und materiellen Gegensätze, die man der ipso iure-Compensation gegenüber stellt, vielmehr unter dieselbe. Sie erfolgt nämlich 1) durch die Intentio auf den Saldo des Klägers (amplius), in der Wechslerklage erweitert auf alle bestimmten Geldschulden (L. 4. 16 §. 1, L. 21 D., L. 4 C. h. t.), unter dem Rechtsnachtheil gänzlicher Abweisung (causa cadere, Paul. sent. 1, 10). 2) durch exceptio doli, bezüglich durch officium iudicis gegen dingliche Klagen, persönliche condictiones incerti, Delictsklagen, prätorische Stipulationen (L. 30 §. 1, L. 50 §. 1 D. de h. p. (5, 1), L. 48 D. de R. V. (3, 1), L. 10 D. h. t. §. 30 I. de act. 4, 6) mit derselben totalen Abweisung, falls der Kläger nicht nachgiebt. 3) durch die Intentio ex fide bona und das officium iudicis mit blos partieller Abweisung (ipso iure minuere) L. 9 pr. §. 1, L. 10 pr. §. 1 D. h. t. §. 30 I. de act. cit. 4) durch Abzüge (deductio) in der Condemnatio, im alten Concurse (bonorum venditio), der Dos und dem Peculium. Von allen diesen Formen hat Justinian nur die

biti geben[p]), ist sie vom Richter verworfen, so hängt die Wirkung dieser Zurückweisung von ihrem Grund ab[q]).

Novatio[a]).

§. 291.

Der Gläubiger kann mit seiner Zustimmung auch dadurch befriedigt werden, daß ihm statt der bisherigen Forderung eine andere, gegen denselben Schuldner oder einen Anderen gegeben wird. Diese Tilgung einer Obligatio durch Constituirung einer neuen, die an die Stelle jener tritt, heißt novatio (voluntaria)[b]); sie schließt eine doppelte Wirkung in sich, Aufhebung der alten Obligatio mit allen ihren Ac-

---

mildeste, das ipso iure minuere, aufgenommen, die übrigen bey Gaius 4, 64 f. erwähnten Formen dagegen gestrichen, so daß die gleichwohl aufgenommenen Bruchstücke durch duplex interpretatio auf jene Form zurückgeführt werden müssen und unter anderen auch die Pluspetition des neuesten Rechts hier unanwendbar ist. — Das Bisherige bezog sich auf die Form der Compensation nach röm. Recht, über die heutige Compensationseinrede vgl. Schwanert S. 68 f. — Die materiellen Wirkungen der Compensation stehen der Zahlung, nicht der Confusion gleich; sie ist ein Befriedigungsmittel, nur ein indirectes, durch Befreiung des Gegners von der Gegenforderung an Erfüllung Statt, §. 240. R.)

p) L. 10 §. 1 D. h. t. (16, 2), L. 30 D. de cond. ind. (12, 6): Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem. (Die condictio indebiti entspringt nicht erst aus der [stillschweigenden oder schon geschehenen] Compensation, sondern schon aus dem Recht zur Compensation. [L. 10 §. 1 D. cit. 'si quis compensare potens solverit'.] Brinz §. 7. 50. R.)

q) L. 8 §. 2 D. de neg. gest. (3, 5), L. 7 §. 1 h. t. (16, 2).

a) Dig. XLVI. 2. Cod. VIII. 42: de novationibus et delegationibus. (Liebe, Stipulation S. 156—343 (1840), Gneist, formelle Verträge S. 148 f. 229 f. (1845), Fein, Beitr. zu der Lehre von der Novation und Delegation. Ein Rechtsgutachten 1850, Bähr, Anerkennung §. 12 (1855), Kuntze, Obl. und Singularsucc. §. 33. 48—64 (1858), Girtanner, Stipulation S. 231 f. (1859), Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die Obl. (1860 vgl. Krit. V.-J.-Schrift II. S. 242—261, Schletter's Jahrb. VIII. S. 101—104), Römer, die bedingte Novation (1862), v. Salpius, Novation und Delegation nach röm. R. 1864, darüber Windscheid in der krit. V.-J.-Schr. VI. S. 463—466, H. Witte, das. VIII. S. 169—212. 321—377, Salkowski, zur Lehre v. d. Novation nach R. R. 1866: Rec. v. H. Witte, krit. V.-J.-Schr. IX. S. 475—502, Schauberg, Zeitschr. für Handelsrecht X. S. 193 f. (1867). R.)

b) L. 1 pr. D. h. t. (Eine Tilgung durch Erfüllung behauptet Girtanner S. 231, durch Leistung an Erfüllungsstatt Savigny, Obl. I. S. 167 u. A., aber L. 31 §. 1 D. h. t. nennt sie nur similem solutioni, ebenso wenig ist sie Erlaß, der gar nicht bedingt seyn kann, L. 91 D. de solut. (46, 3), Salpius S. 273. 339. 439, Windscheid §. 353, 3. R.)

cessionen[c]) und Entstehung einer neuen, von denen aber die erste möglicherweise auch ohne die zweite eintreten kann[d]). Eine Bedingung für die neue Obligatio macht die Novation selbst, also auch die Aufhebung der alten, zu einer bedingten[e]). Die Novatio setzt voraus 1) eine bestehende Obligatio[f]); 2) Contrahirung einer neuen an der Stelle jener, also mit der Absicht, sie aufzuheben, animus novandi[g]); dieser animus soll nicht präsumirt werden[h]); 3) Berechtigung zur Novation,

c) §. 3 I. quib. mod. toll. obl. (3, 29), L. 18. 27 D. h. t. (46, 2). (Statt oder aus einer andern? Windscheid §. 353, 10. R.)

d) §. 3 I. cit., L. 1 §. 1 D. h. t.: — dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

e) L. 14 pr. eod., L. 36 D. de reb. cred. (12, 1). (Vgl. Römer S. 85. Die abweichende Ansicht des Servius Sulpicius bey Gai. III. 179 — vgl. Salpius S. 131. 148—151 — beruht auf einer unstatthaften Einmischung der Proceßnovation in die Novation durch Vertrag. In Betreff der Mora vgl. oben §. 270 bb. Ueber L. 56 §. 8 D. de V. O. (45, 1) s. Windscheid §. 355, 17. R.)

f) L. 1 §. 1, L. 8 §. 1, L. 14 §. 1 D. h. t. (46, 2).

g) L. 2. D. 8 §. 5 eod. (Anders für das ältere Recht? So Salpius S. 131 f., Salkowski S. 224, dagegen Witte IX. 481. 495. R.)

h) §. 3 I. qu. mod. toll. obl. (3, 29), L. ult. C. h. t. (8, 42): Novationum nocentia corrigentes volumina, et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum; et si non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀντὶ καινότητος Graeci dicunt, causa procedat, hoc enim naturalibus (leg. *naturaliter*. R.) inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire. Dieses Gesetz Justinian's soll die Controversen abschneiden, die unter den römischen Juristen dadurch entstanden waren, daß in gewissen Fällen eine Novation schlechthin angenommen, also der animus novandi präsumirt werden sollte, vgl. Gai. III. 178. (L. 91 §. 6 D. de V. O. (45, 1), L. 8 §. 1 D. h. t. R.) Eine ausdrückliche Erklärung des animus novandi ist dadurch nicht vorgeschrieben, s. v. Löhr, Magazin für Rechtsw. IV. 3 (1820). (Fein, S. 28—34, Salpius S. 261 f., der in der L. 8 die Aufhebung der Consumtionswirkung der Stipulationsformeln findet, vgl. Note e. R.) Nicht wenige Juristen behaupten dagegen die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Erklärung theils beschränkt, so Hugo, civ. Magazin II. S. 428 ff. (1797), Mühlenbruch, Lehrbuch §. 475 a. E., theils unbedingt, so Hepp, über die novatio tacita, Archiv für civ. Pr. XV. 11 (1832), Sintenis, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. IX. 5 (1835). (Grotefend, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß. N. F. [1855] XII. Num. 10. — Genauere Litteraturangaben s. bey Fein, S. 28—34, Salpius S. 261 f., Holzschuher III. §. 248 Nr. 1 . . .

namentlich von Seiten des bisherigen Gläubigers; noviren kann der, an welchen die eigentliche Zahlung möglich ist, mit Ausnahme des solutionis causa adiectus [i]), der Filiusfamilias in Beziehung auf eine Peculiarforderung nur vermöge specieller Autorisirung oder genereller Verleihung unbeschränkter Administration [k])

Die neue Obligatio kann unter denselben Subjecten, wie die alte, bestehen, so daß die Veränderung nur den obligatorischen Grund und den Inhalt betrifft [l]), oder unter anderen Personen, indem ein anderer Gläubiger oder Schuldner an die Stelle des bisherigen tritt. Das letzte kann geschehen ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners, durch bloße expromissio [m]), geschieht es unter seiner Mitwirkung, so heißt das Geschäft delegatio [n]), eine Delegation ist stets nöthig, wenn

Die Praxis ist gänzlich schwankend. Für die ausdrückliche Erklärung: Seuffert, Archiv IV. 106 (S. 162), VII. 167, dagegen VI. 175. 262, vermittelnd XIII. 17. R.)

i) L. 10 D. h. t. (46, 2).

k) Mit L. 16. 23. 25 eod., L. 27 pr. D. de pact. (2, 14), die das Recht zu noviren verneinen, sind zu vergleichen L. 28 §. 2 eod., L. 34 pr. D. h. t. (Bestritten ist die Fortdauer der Novation im heutigen Recht: man behauptet entweder 1) den unbedingten Wegfall mit der Stipulation: Gneist S. 229, Förster, preuß. Privatrecht I. S. 593 f. Anm. 1, oder 2) Fortdauer bey dem Wechsel, dem Formalvertrag des heutigen Rechts, Keller, Pand. S. 537 f., oder 3) Novation durch formlosen Vertrag, der dann wieder entweder als reiner Formalvertrag oder als materieller individualisirter Novationsvertrag (Anerkennungs- oder Aufhebungsvertrag) aufgefaßt wird. Salpius §. 77, Windscheid §. 354, 1. 2. Die Umwandlung in ein Darlehn enthält jedenfalls keine Novation, L. 15 D. de R. C. [12, 1], vgl. jedoch L. 6 C. si cert. [4, 2]. R.)

l) S. z. B. L. 2. 8 §. 1 eod., L. 18 §. 1 D. de acceptil. (46, 4), §. 2 I. quib. mod. toll. obl. (3, 29).

m) L. 8 §. 5 D. h. t. (46, 2), L. 91 D. de solut. (46, 3). (Der röm. Sprachgebrauch geht weiter, er umfaßt jede Novation. Windscheid §. 353 Note 8, z. B. Creditanweisung, L. 22 D. ad S. C. Vell. [16, 1], Novation ohne Personenwechsel, L. 20 D. ad S. C. Mac. [14, 6], Promission ohne Novation, L. 8 §. 8 D. ad S. C. Vell. [16, 1]. — Alternative Expromission dessen, was der Eine oder der Andere von zwey Schuldnern zu zahlen hat: L. 8 §. 4, L. 26, L. 32 D. h. t. [46, 2], Huschke, Zeitschr. für Civilr. N. F. II. 6. 6. S. 162 f. [1846]. R.)

n) L. 3 C. h. t. (8, 42). (Der römische Ausdruck ist auch hier ein weiterer. Er begreift 1) die Zahlungsanweisung, L. 7 C. h. t.; 2) in der Creditanweisung bezeichnet er sowohl die formlose Einleitung [iussus] Note p, als den förmlichen Abschluß, L. 11 §. 1 D., L. 8 C. h. t.; 3) Er geht über die Novation hinaus: man kann überweisen um zu schenken, zu dotiren, an Erfüllungsstatt zu geben, hier ist Delegation, aber keine Novation §. 240 f. Salpius S. 1—150. Zu eng faßt den Begriff Thöl, Hdlsrecht I. §. 128 f. Nach der altrömischen und italienischen Theorie galt die Creditanweisung als Zahlung (solvit qui delegat), nach der französischen (Donellus) und deutschen nicht: über diese Seite der Sache s. unten §. 32. R.)

die Person des Gläubigers verändert werden soll[o]). Die Delegation besteht in einem Auftrag[p]) des abtretenden Schuldners oder Gläubigers (Delegans) an die beiden Subjecte der zu constituirenden Obligatio, den künftigen Schuldner (Delegatus) und den Gläubiger (Delegatarius), oder an den künftigen Gläubiger (Delegatarius) und den Schuldner (Delegatus); dieser Auftrag wird durch den die Novation bewirkenden obligatorischen Vertrag zwischen diesen Personen (dem Delegatus und Delegatarius) ausgeführt.

§. 292.

Eine Novation ist die unwillkürliche Folge der gerichtlichen Geltendmachung einer Obligatio, nur daß diese dadurch in ihrer Wirksamkeit und ihrem Umfang nicht verringert wird[q]). Diese nothwendige Novation tritt ein 1) durch die Litiscontestation auf eine persönliche Klage, mit der Wirkung der Transmission auf die Erben (§. 88), Verwandlung der alternativen Obligatio in eine einfache, wenn der Gläubiger die Wahl hat (§. 221), Befreiung des Schuldners, der mit einem Correalgläubiger litem contestirt, von den übrigen (§. 235), Verpflichtung des Schuldners gegen den Cessionar (§. 283); 2) durch das Urtheil, weshalb auch das condemnatorische Urtheil für den Beklagten die exceptio rei iudicatae erzeugen kann[r]), die indessen durch eine Replik entkräftet wird, wenn der Beklagte dem Urtheil nicht Genüge geleistet hat[s]).

---

o) L. 8 §. 5 D. h. t. (46, 2).

p) L. 12 eod., L. 17 eod.: Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest. L. 22 eod.

q) L. 86. 87 D. de R. I. (50, 17), L. 29 D. h. t. (46, 2): Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est, quod nemo dixit lite contestata; neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt.

r) L. 4 C. depos. (4, 34).

s) L. 16 D. de exc. rei iud. (44, 2): Evidenter enim iniquissimum est, proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est. Vgl. L. 9 §. 1 eod., L. 16 §. 5 D. de pign. (20, 1).

Res iudicata.

§. 293.

Das Urtheil kann neben der formellen (der novatio necessaria §. 292) noch durch seinen Inhalt eine die Obligatio zerstörende Wirksamkeit haben. Durch die gerichtliche Geltendmachung der Obligatio wird ihre Existenz von dem Inhalt der richterlichen Sentenz abhängig gemacht, die absolutorische Sentenz hebt daher die Forderung auf[a]). Diese Wirkung der res iudicata erstreckt sich indessen nicht weiter, als die der exceptio rei iudicatae, wodurch sie geltend gemacht wird, sie kann nur gegen eine Person geltend gemacht werden, für welche der Inhalt der Sentenz Wahrheit hat, und sie ist zur Begründung einer Klage untauglich[b]); diese unvollkommene Aufhebung der Obligatio (nicht mehr) ist unter dem Ausdruck zu verstehen, daß eine naturalis obligatio zurückbleibe[c]).

---

a) L. 13 D. quib. modis pign. (20, 6): Si deferente creditore iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur atque si iudicio absolutus esset, nam et si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

b) L. 28 D. de cond. ind. (12, 6): Iudex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

c) L. 60 pr. eod.: Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet, similemque esse ei dicit, qui ita promiserit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. Vgl. über diese Controverse Pfordten, Archiv für civ. Pr. XXIV. 4 (1841), Fein, daselbst XXVI. 7. 13 (1843), Flach, Zeitschrift für Civilr. und Pr. XIX. 12 (1844), Savigny, Obligationenrecht I. S. 81 ff., Scheurl, Beiträge I. S. 509, Bekker, proc. Consumtion S. 285 ff., Pfeifer, Archiv f. civ. Pr. XXXVII. S. 257. XXXVIII. S. 331 ff., Windscheid, Actio S. 88 ff. Nicht auf das absolutorische Urtheil, sondern auf die Proceßverjährung sind zu beziehen L. 27 D. de pign. (20, 1), L. 8 §. 1 D. ratam rem (46, 8): Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satisdederit, dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit et litem amiserit, committi stipulationem, et si procurator eandem pecuniam domino sine iudice solverit, condicturum. sed cum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet. Vgl. Francke, civil. Abhandl. (1826) S. 76 f., Keller, Litiscont. S. 159.

Vergleich a).

§. 294.

Die Parteien können die Feststellung ihres Rechtsverhältnisses, soweit es derselben bedarf, durch Uebereinkunft vornehmen, und auf diesem Weg an die Stelle der dabey obwaltenden Ungewißheit ein Gewisses setzen. Diese vertragsweise Umwandlung eines streitigen oder sonst ungewissen Rechtsverhältnisses in ein gewisses heißt Vergleich, transactio. Erforderniße des Vergleichs sind 1) Ungewißheit seines Gegenstands b), daher sind Vergleiche contra rem iudicatam ungültig c), und auch die Ungültigkeit eines Vergleichs über den Inhalt eines vorliegenden, aber noch nicht eröffneten und eingesehenen Testaments ist auf dieses Erforderniß zurückzuführen d); 2) gegenseitiges Nachlassen in den Ansprüchen und Behauptungen, ein Vergleich ist keine Schenkung e); 3) für Vergleiche, welche die gänzliche oder theilweise Ablösung mortis causa hinterlassener Alimente durch ein Aversionalquantum zum Zweck haben, ist obrigkeitliche Bestätigung nöthig, die nicht ohne vorgängige causae cognitio, und nur wenn der Vergleich hiernach als vortheilhaft für den Alimentenberechtigten sich darstellt, zu ertheilen ist f). Ein Vergleich kann wegen Dolus g), und

a) Dig. II. 15, Cod. II. 4: de transactionibus. (Eine sorgfältige Bearbeitung dieser Lehre enthält die Habilitationsschrift von Carl Risch, die Lehre vom Vergleiche. 1855. R.)

b) L. 1 D. h. t. (2, 15): Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. L. 12 C. eod. (2, 4).

c) L. 23 §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 7 D. h. t., L. 11 eod.: Post rem iudicatam, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest. Paul. sent. I. 1. 5. Keine Abweichung enthält L. 32 C. h. t. (2, 4): Si causa cognita prolata sententia, sicut iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi, non est opinionis incertae. Proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem iudicatis effectum adhibere curabit. Man darf diesem Rechtssatz keine anderen Gründe unterlegen, wie noch Thibaut, Archiv für civ. Pr. VIII. 12, IX. 22 zu thun geneigt ist.

d) L. 6 D. h. t. (2, 15).

e) L. 1 eod. (Note b), L. 38 C. h. t. (2, 4): Transactio nullo dato vel retento vel promisso minime procedit. L. 65 §. 1 D. de cond. indeb. (12, 6): Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

f) L. 8 D. h. t. (2, 15).

g) L. 65 §. 1 D. de cond. ind. (Note e), L. 4. 13. 19 C. h. t. (2, 4).

wegen Unrichtigkeit dessen, was von den Transigenten als gewiß vorausgesetzt worden war[h]), nicht wegen nachheriger Hebung der den Vergleich veranlassenden und bedingenden Ungewißheit angefochten werden[i]); darum kann auch nicht von einer Anwendung der Grundsätze von der Verletzung über die Hälfte die Rede seyn[k]). Die Wirkung des Vergleichs ist gleich der res indicata[l]), die Verletzung eines beschwornen Vergleichs macht den Verletzer infam und des Vortheils aus demselben verlustig[m]); die Wirkung des Vergleichs beschränkt sich auf die Transigenten[n]), nur richten sich nach dem die Erbschaftsquoten bestimmenden Vergleich unter den Erbschaftsprätendenten auch die Forderungen der Erbschaftsgläubiger[o]).

Iusiurandum voluntarium[a]).

§. 295.

Jede Partei kann das streitige Verhältniß von einem Eid abhängig machen, zu dem sie die andere auffordert[b]), schwört diese (und dieselbe Wirkung hat der Erlaß des Eids nach der Annahme), so gilt das Beschworene, wie wenn es durch Vergleich festgesetzt worden wäre[c]), sie kann aber das Schwören ohne Nachtheil unterlassen[d]). Dieser letzte Umstand macht den Eid zum iusiur. voluntarium; ein Eid, den der dazu Aufgeforderte nicht einfach verweigern kann, heißt in der Sprache des römischen Rechts necessarium, und ein solcher ist der gerichtlich deferirte, wie der vom Richter ohne Delation der Gegenpartei auferlegte Eid[e]).

---

h) L. 3 §. 1, L. 12 in f. D., L. 42 C. eod.

i) L. 2. 19. 29 C. eod.

k) Vgl. L. 78 §. 16 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

l) L. 20. 28 C. h. t. (2, 4).

m) L. 41 C. eod.

n) L. 3 pr. D., L. 1 C. eod.

o) L. 14 D. eod. Vgl. Savigny, Gesch. des R. R. im M.-A. III. S. 454 (2. Ausg.).

a) Dig. XII. 2: de iureiurando sive voluntario, sive necessario, sive iudiciali, Cod. IV. 1: de rebus creditis et iureiurando. (Savigny, System VII. [1848] §. 309–314 S. 47–90. Geschichtliches: Rudorff, röm. Rechtsgesch. II. [1859] §. 67 S. 229 f. R.)

b) Ueber die Fähigkeit s. L. 26 pr., L. 35 pr. §. 1 D. h. t., L. 7 C. h. t.

c) L. 2. 5 §. 2, L. 9 §. 1, L. 27. 31 D. h. t., L. 21. 22 D. de dolo malo (4, 5). L. 43 D. de cond. indeb. (12, 6). Ausnahme von der Unumstößlichkeit bey dem Eid über den Inhalt eines nicht vorhandenen, nachher aufgefundenen Testaments, L. ult. C. h. t. (4, 1).

d) L. 5 §. 4 D. h. t. (12, 2).

e) Vgl. Puchta, Cursus d. Instit. II. §. 173 Note e, §. 174 Note u.

Compromiß*).

§. 296.

Die Uebereinkunft der Parteien, ihren Rechtsstreit, statt vom Gericht, von einer Privatperson, Schiedsrichter, arbiter, entscheiden zu lassen, hat nach heutigem Recht die Wirkung eines Vergleichs, jede Partei wird gegen die andere, welche die Uebereinkunft bricht, sey es durch Anbringung des Rechtsstreites vor Gericht oder durch Verhinderung oder Nichtbefolgung des schiedsrichterlichen Spruchs, in Schutz genommen durch Einrede und Klage. Nach R. R. trat diese directe Wirkung nur in zwey Fällen ein: bey eidlicher Bestärkung eines schriftlichen Compromisses[b]), und im Fall übereinstimmender Anerkennung des schiedsrichterlichen Ausspruchs nach seiner Fällung, auch einer stillschweigenden, die angenommen wird, wenn keine Partei innerhalb zehn Tagen gegen ihn protestirt[c]). Außerdem war keine Partei von der gerichtlichen Verfolgung ihrer Ansprüche abgehalten, noch zur Erfüllung des Arbitriums verbunden[d]), und die Uebereinkunft konnte daher nur eine indirecte Wirkung durch eine für den Fall der Verletzung versprochene Strafe, poena compromissa, erhalten, die daher der Regel nach ein wesentliches Erforderniß der ganzen Uebereinkunft war[e]), deren Nothwendigkeit aber mit ihrem Grund für das heutige Recht weggefallen ist. Das Compromiß hat aber noch drey wesentliche Erfordernisse:

1) Compromittirung auf einen fähigen Arbiter. Unfähig, Schiedsrichter zu seyn, sind Wahnsinnige, Taube, Stumme, Unmündige[f]), Frauenspersonen[g]) mit Ausnahme derer, welche Jurisdiction haben[h]), der für diesen Rechtsstreit schon bestellte Judex[i]), eine Bestimmung, die nicht auf den heutigen Richter, der für die Rechtssache, wenn sie vor Gericht gebracht würde, competent wäre, anwendbar ist[k]), die Parteien selbst[l]).

a) Dig. IV. 8: de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Cod. II. 56: de receptis arbitriis. (Geschichtliches: Rudorff a. a. O. §. 68 S. 222 f. R.)

b) L. 4 C. h. t., vgl. Nov. 82 cap. 11.

c) L. 5 pr. C. h. t. (Die in factum actio ist aber keine neue Klage, sondern ein bloßes Executionsgesuch. R.)

d) L. 2. 30 D. h. t. (4, 8).

e) L. 11 §. 2—4, L. 13 §. 1, L. 28 eod.

f) L. 9 §. 1 eod.

g) L. ult. C. h. t. (2, 56).

h) Cap. 4 X. de arbitr. (1, 43).

i) L. 9 §. 2 D. h. t. (4, 8).

k) Cap. 7 X. de arbitr. (1, 43), R. A. 1594 §. 95.

l) L. 51 D. h. t. (4, 8).

2) Annahme des Amts von Seiten des Compromissars (receptum arbitrii)[m]) und Verpflichtung desselben zur Ausrichtung[n]). Daher ist das Compromiß ungültig, welches auf einen minor XX annis gefallen ist, weil dieser zum Spruch nicht verpflichtet werden kann[o]), und aus demselben Grund konnte nicht auf einen höheren Magistrat compromittirt werden[p]).

3) Ausrichtung des schiedsrichterlichen Amts in gehöriger Weise. Der Spruch (arbitrium, laudum) muß nach vorgängiger Untersuchung erfolgen und ein bestimmter Rechtsausspruch seyn[q]), nichts unsittliches enthalten[r]), blos den Gegenstand des Compromisses[s]), diesen aber auch vollständig betreffen[t]), er wird, wenn mehrere Arbitri sind, durch Stimmenmehrheit, aber unter Mitwirkung aller, gegeben[u]), er kann, einmal gegeben, nicht verändert werden, weil mit dem Spruch die Function des Arbiter aufhört[v]).

Das Compromiß wird aufgehoben durch übereinstimmenden Willen der Parteien[w]), durch einseitigen Rücktritt wegen nachher entstandener Feindschaft zwischen der Partei und dem Arbiter[x]), und wegen Dolus der anderen Partei oder des Arbiter[y]), durch Tod einer Partei vor dem Spruch, wenn das Compromiß nicht auf die Erben erstreckt ist[z]), durch Wahnsinn oder Concurs einer Partei[aa]), durch Tod des Arbitri oder eines von mehreren Arbitri, wenn für diesen Fall nichts anderes im Vertrag festgesetzt worden ist[bb]), durch Ablauf der Zeit, innerhalb

m) L. 13 §. 2 eod.: Recepisse autem arbitrium videtur, ut Pedius lib. IX ait, qui iudicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. Quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse. L. 17 §. 3 eod.

n) L. 3 §. 1, L. 32 §. 12 eod.

o) L. 41 eod.

p) L. 3 §. 3, L. 4 eod.

q) L. 14. 19 §. 1, L. 21 §. 1. 3. 9, L. 27 §. 4, L. 32 §. 16 sqq. eod.

r) L. 21 §. 7 eod. Wegen ihrer Ungerechtigkeit kann die Sentenz nicht angefochten werden, L. 19 pr. 27 §. 2 eod., L. 1 C. h. t. (2, 56), vgl. aber Note y.

s) L. 21 §. 2. 4. 6. 10, L. 32 §. 15. 21, L. 46 D. h. t. (4, 8).

t) L. 19 §. 1, L. 25 pr. eod.

u) L. 17 §. 7, L. 18. 27 §. 3, L. 32 §. 13 eod. Ueber den Obmann, superarbiter, im Fall der Stimmengleichheit s. L. 17 §. 5. 6 eod.

v) L. 19 §. 2, L. 20. 21 pr. eod.

w) L. 9 §. 5, L. 10. 11 pr. 32 §. 5 eod.

x) L. 32 §. 14 eod.

y) L. 31 eod., L. 3 C. h. t. (2, 56).

z) L. 27 §. 1, L. 49 §. 2 D. h. t. (4, 8).

aa) L. 17 pr. 47 §. 1, L. 48 eod.

bb) L. 45 eod., cap. 42 X. de off. iud. del. (1, 29).

deren der Spruch erfolgen sollte[cc]), endlich dadurch, daß der Arbiter nicht zum Spruch vermocht werden kann, oder aufhört dazu verpflichtet zu seyn; er wird befreit wegen einer zwischen ihm und den Parteien entstehenden Feindschaft[dd]), wegen Altersschwäche, Krankheit, öffentlichen Amts, beschwerlicher eigner Geschäfte, sofern diese Umstände erst nachher eintreten oder diese Stärke erhalten[ee]). Umgekehrt befreit den Arbiter auch die Aufhebung des Compromisses, so wie daß der Spruch aus einem anderen Grund kein Interesse mehr hat[ff]).

Kein Compromiß, sondern nur ein pactum de compromittendo ist die Verabredung künftiger ausschließlich compromissarischer Entscheidung etwa eintretender Rechtsstreitigkeiten unter den Contrahenten[gg]). Die Wirkung einer solchen Verabredung wird davon abhängen, ob ihr die Kraft einer autonomischen Disposition zukommt oder nicht. Im letzteren Fall läßt sich ihr eine directe Wirkung nicht zuschreiben.

Erlaß.

§. 297.

Der Gläubiger kann durch Vertrag dem Schuldner die Leistung ganz oder theilweise erlassen[a]). Der Schuldner wird befreit durch den

cc) L. 21 §. 8, L. 32 §. 3 D. h. t. (4, 8).

dd) L. 15 eod.

ee) L. 15. 16 pr. eod.

ff) L. 11 §. 1, L. 13 pr. 32 §. 5 eod,

gg) (Pfeiffer, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. III. [1847] Nr. 2. R.)

a) Es giebt keinen einseitigen Verzicht auf Forderungen, L. 91 D. de solut. (46, 3). Die L. 26 D. de probat. (22, 3), die man wohl als eine Ausnahme angeführt hat, anerkennt blos die Möglichkeit eines stillschweigenden Erlaßvertrags. Vgl. Krug, Compensation S. 269. Ueber den stillschweigenden Erlaß s. noch L. 2 §. 1, L. 3 D. de pact. (2, 14). (Die Verbindung des pactum de non petendo, der acceptilatio und des consensus in contrarium zu einer allgemeinen Lehre vom Erlaß ist kein geringerer systematischer Mißgriff, als die Aufstellung einer allgemeinen Lehre vom Verzicht oder der Verjährung. Namentlich ist eine Unterscheidung des pactum de non petendo von dem contrarius consensus von diesem Standpunkt aus völlig unmöglich, da beide gleich formlos sind. In der That ist das pactum de non petendo überall keine Aufhebungsart einer Obligatio, sondern eine processualische Handlung, ein Sühnevertrag über einen Rechtsfriedensbruch oder Rechtsstreit, von welchem der Vergleich eine Species bildet. Dieser materielle Unterschied ist sehr befriedigend ausgeführt von O. v. Völdernborff-Waradein, zur Lehre vom Erlaß. Vgl. den Zusatz zu Puchta, Cursus der Inst. III. §. 280 Note gg. Dagegen Arndts, krit. Ueberschau II. 154, Pand. §. 267 Anm. 1 unter b, Windscheid §. 357, 6 mit Berufung auf Stellen, welche die Rechtsform, in der die „Remission" wirken soll, nicht näher bezeichnen, wie L. 7 §. 10 D. de pact. (2, 14), L. 5 C. de remiss. pign. (8, 25), L. 33 (34?) C. de transact. (2, 4), L. 55

Vertrag, sey es, daß derselbe nur als Form zu einem anderen Tilgungsgrund hinzugekommen, oder für sich, also ohne Befriedigung des Gläubigers eingegangen ist[b]). Eine Singularität ist es, daß unter gewissen Umständen ein theilweiser Erlaß (Nachlaß) durch einen Beschluß der Majorität der Gläubiger eintreten kann[c]), der aber die gerichtliche Vorladung aller Gläubiger voraussetzt. Die Ansprüche auch der Minorität gegen den Schuldner werden auf die vertragsmäßige Quote herabgesetzt, nicht die Klagen gegen den Bürgen, und nicht die hypothekarischen Klagen[d]). Eben so bleibt den in der Minorität gebliebenen Gläubigern das Recht, ihren Vorzug gegen ihre Mitgläubiger geltend zu machen[e]). Dieser erzwungene Nachlaß findet nach

D. de V. S. (50, 16). Der Unterschied zwischen Aufhebung der Obligation und Remission zeigt sich in der Verpflichtung der Bürgen: L. 27 §. 3 D. de pact. (2, 14). Zudem kann die Remission nicht wohl begrifflich Aufhebung der Obligatio sein, da sie in gleicher Weise dingliche Klagen ausschließt, L. 27 §. 8 D. de pact. (2, 14), und sowohl auf Befriedigung als Novation durch Proceß verzichtet wird. Selbst im heutigen Recht ist noch ein Unterschied, ob nur auf die Einklagung oder auf die Befriedigung verzichtet wird, nur bedarf es im letztern Fall keines Formalactes mehr, wie die römische acceptilatio ihn enthielt. Vgl. Scheurl, Beitr. II. Nr. 14, Fitting, Correalobl. S. 95 Note 117, Baron, Gesammtrechtsverh. S. 297 Note 1. Fitting, zur Lehre von dem Erlaßvertrag, der natürlichen Verbindlichkeit und dem constitutum: Archiv für civ. Pr. LII. N. F. II. No. XXIV S. 574—579. R.)

b) Im R. R. kommt dafür ein solennes Geschäft, die acceptilatio (Dig. XLVI. 4; de acceptilatione, Cod. VIII. 44: de acceptilationibus) und ein formloses, das pactum de non petendo vor. Durch jene wird, ihre Erfordernisse vorausgesetzt, die Obligatio selbst ipso iure zerstört, dieses dagegen wirkt regelmäßig (vgl. L. 17 §. 1 D. de pact. 2, 14) nur ope exceptionis (L. 27 §. 2. 3 eod., §. 3 I. de except. 4, 13), und es enthält nicht eine Zerstörung der Obligatio selbst, sondern nur eine Befreiung des Schuldners (s. §. 286 a. E.). (Vgl. Fitting, Correalobl. §. 8, Windscheid, krit. Vierteljahrsschr. III. S. 170. 171, Römer, bed. Novation S. 245—253, Baron, Gesammtrechtsverh. S. 309—318, Fitting, zur Lehre vom Erlaßvertrag, der natürlichen Verbindlichkeit und constitutum, Archiv für civ. Pr. N. F. 2 (1869) Heft 4. Ueber das heutige Recht: Arndts §. 267 Anm. 1 unter d, Windscheid §. 357, 9. R.)

c) L. 7 §. 19, L. 8. 9 D. de pact. (2, 14). (Heffter, Archiv für civ. Pr. X. 15, Pfeiffer, prakt. Ausf. III. 1 und VIII. 3. R.)

d) L. 58 §. 1 D. mand. (s. Note e).

e) Dadurch löst sich der scheinbare Widerspruch folgender beider Stellen, L. 10 pr. D. de pact. (2, 14): Rescriptum autem D. Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo si quidam absentes sint? num exemplum praesentium absentes sequi debeant? Sed an et privilegiariis absentibus haec pactio noceat, eleganter tractatur, si modo valet pactio contra absentes. Et repeto, ante formam a D. Marco datam D. Pium rescripsisse, fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, et ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Haec enim omnia in his cre-

R. R. nur in Einem Fall Statt, gegenüber dem Erben einer verschuldeten Erbschaft, nach heutigem Recht auch bey einem lebenden Schuldner, wo der wohlverstandene Vortheil der Gläubiger selbst dadurch befördert wird[f]).

Contrarius consensus.

§. 298.

Ein consensu geschlossener Vertrag und somit die daraus entstandene Obligatio kann durch eine entgegengesetzte Uebereinkunft, mutuo dissensu der Contrahenten wieder aufgehoben werden, wie wenn sie nie bestanden hätte[a]). Steht aber der Vertrag nicht mehr auf dem bloßen Consensus, sondern ist z. B. eine Leistung von einer Seite schon hinzugekommen, so ist jene Uebereinkunft als ein neuer Vertrag zu betrachten, der zum Theil einen Erlaß der bisherigen Obligatio enthalten kann, zum Theil aber eine neue begründet[b]).

Bedingung und Zeit.

§. 299.

Die Aufhebung einer Obligatio kann durch den Eintritt einer Resolutivbedingung, mit welcher sie contrahirt ist, bewirkt werden, *ferner*

---

ditoribus, qui hypothecas non habent, conservanda sunt. L. 58 §. 1 D. mand. (17, 1): Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem *mandator* exstiterat. Quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris? Respondi: si praesens apud praetorem ipse quoque consensit, pactus videtur iusta ex causa, eaque exceptio et fideiussori danda esset et mandatori. Sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum *proclamare*, nec desiderare decretum praetoris. Nec enim, si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestiturus est. Plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est; sed videbitur consentire decreto conveniendo *heredem.*

f) W. H. Puchta, über den Concursproceß §. 144 ff. (Seuffert, Archiv I. 150, V. 265, XI. 320. Dawider X. 249. Das römische Princip, die Rücksicht auf die entehrende Wirkung der bonorum venditio (L. 23 D. quae in fr. 42, 8) fällt weg, es entscheidet das Interesse der Gläubiger, welches durch den Widerspruch der Minorität nicht gefährdet werden soll, nicht die unverschuldete Insolvenz, wie Heffter Note c ausführt. R.)

a) §. ult. I. quib. mod. obl. toll. (3, 29), L. 7 §. 6, L. 58 D. de pact. (2, 14), L. 2. 3. 5 §. 1 D. de rescind. vend. (18, 5), L. 95 §. ult. D. de solut. (46, 3), L. 35 D. de R. I. (50, 17).

b) L. 1. 2 C. quando lic. ab emt. rec. (4, 45).

durch den Eintritt eines für sie gesetzten Endtermins. Wenn obligatorische Verhältnisse, die eine Reihe einzelner Forderungen erzeugen können, z. B. Societät, Miethe, auf eine gewisse Zeit geschlossen werden, so hebt der Eintritt des Termins nur das Verhältniß als die Quelle der Forderungen, nicht aber diese selbst, soweit sie bis dahin entstanden sind, auf[a]). Von einzelnen Obligationen selbst aber ist die Regel des ius civile: ad tempus obligationem constitui non posse, doch giebt der Eintritt des Termins dem Schuldner die exceptio pacti oder doli gegen die Forderung[b]). Dieselbe Wirkung hat eine erst nach Contrahirung der Obligatio (ohne Novation) verabredete Resolutivbedingung[c]).

Wegfall des Subjects.

§. 300.

Eine Obligatio muß untergehen, so wie kein Gläubiger oder kein Schuldner, oder beide nicht mehr als getrennte Personen bestehen. Was den ersten Fall anlangt, so giebt es Forderungen, die durch den Tod des Gläubigers oder des Schuldners erlöschen, indem sie nicht auf die Successoren übergehen[a]). Das zweite aber tritt ein im Fall der Confusion, des Zusammentreffens der Forderung und der Verbindlichkeit in Einer Person, wenn durch Universalsuccession die Person des Gläubigers in die des Schuldners oder umgekehrt übergeht[b]).

---

a) Die Beendigung solcher obligatorischer Verhältnisse kann auch durch Aufkündigung, d. h. einseitige Festsetzung eines Termins herbeigeführt werden, sey es nun, daß die Zeit der Aufkündigung sofort der Endtermin ist, oder daß die Aufhebung erst nach einer gewissen, von der Aufkündigung an laufenden Zeit eintritt.

b) L. 44 §. 1 D. de O. et A. (44, 7), L. 56 §. 4 D. de V. O. (45, 1), vgl. oben §. 62.

c) L. 44 §. 2 D. de O. et A. (44, 7).

a) S. oben §. 88. Außerdem werden manche obligatorische Verhältnisse, nicht aber die daraus schon entstandenen Forderungen, durch den Tod einer Partei aufgelöst, so das Societäts-, das Mandatsverhältniß.

b) Aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam, L. 71 pr. D. de fidei. (46, 1), L. 75 D. de solut. (46, 3). (Streitig ist die Ausdehnung der L. 71 pr. auf die Exemtion einer Person in der activen Correalobligation. Dafür: Savigny, Obl. I. 196, Vangerow §. 573 Anm. 3, §. 573 Anm. 5 (6. Aufl. III. S. 102), Samhaber, Correalobl. S. 136 f. Dagegen: Arndts §. 273 Anm. 2, wegen L. 41 §. 2 D. de fideiuss. (46, 1) und aus andern Gründen Fitting, Correalobl. S. 203 f., gegen diesen aber Samhaber, Correalobl. S. 136 f., Fritz in Linde's Zeitschr. N. F. XIX. S. 76 f., Baron, Gesammtrechtsverh. S. 355 f. — Aber auch das allgemeine Princip der Confusion ist bestritten: Gewöhnlich faßt man sie als Zahlung (Girtanner, Bürgschaft S. 504 f.), als Selbstzahlung

Wenn ein Correalgläubiger Erbe des anderen wird, tritt keine Confusion ein, und ebenso bey Correalschuldnern, da nicht einmal zu sagen wäre, wessen Person befreit würde, die des Erblassers oder des Erben. Darum aber ist die Entscheidung eine andere, wenn die Verbindlichkeit des Bürgen und des Hauptschuldners in Einer Person zusammentreffen; hier wird die accessorische des Bürgen aufgehoben, doch mit Ausnahme des Falls, wenn sie die wirksamere ist[c]).

(Kuntze §. 51), und dieser Gesichtspunkt ist in der That für den Regreßanspruch entscheidend. Derselbe ist ebenso begründet, wenn der Bürge durch Beerbung des Gläubigers der Zahlung überhoben wird, als wenn er vorher gezahlt und dann das Gezahlte in der Erbschaft zurückempfangen hätte, L. 41 §. 2 D. de evict. (21, 2), L. 11 D. mand. (17, 1). In gleicher Weise verhält es sich in Betreff der Falcidia, L. 6 pr. C. ad L. Falc. (6, 50), L. 1 §. 18, L. 54 D. eod. (35, 2). Dagegen wird das Pfand nicht liberirt. L. 59 D. ad S. C. Trebell. (36, 1): verum est enim non esse solutam pecuniam. — Noch bedenklicher ist die Ansicht Seuffert's §. 290 und Windscheid's §. 352, welche die Confusion als eine nur durch die Vermögensvereinigung verhinderte Compensation auffassen und deshalb auch im System der Compensation anschließen. Dieß paßt nur auf den Specialfall gegenseitiger Schuldverhältnisse. L. 33 D. sol. matr. (24, 3). R.)

c) L. 13 D. de duob. reis (45, 2), L. 5. 14. 71 pr. D. de fideiuss., L. 93 D. de solut. (46, 3): Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio? Placet non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod si intendat dari sibi oportere, vel ideo dari oportet ipsi, quod heres exstitit, vel ideo, quod proprio nomine ei deberetur. atquin magna est huius rei differentia; nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is qui heres exstitit, utrumve suo nomine an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit nec ne. §. 1: Item si duo rei sint promittendi, et alter alterum heredem scripserit, confunditur (*non* confund.) obligatio. §. 2: Sed et si reus heredem fideiussorem scripserit, non confunditur obligatio (scripserit, confunditur obl.). Et quasi generale quid retinendum est, ut, ubi ei obligationi, quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio, quotiens duae sint principales, altera alteri potius adiicitur ad actionem, quam confusionem parere. Quid ergo, si fideiussor reum heredem scripserit? confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat (Scaevola). L. 95 §. 3 eod.: Quod vulgo iactatur, fideiussorem, qui debitori heres exstitit, ex causa fideiussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur, nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur. e contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem. Nam si minori XXV annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore, difficile est dicere, causam iuris honorarii, quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit et cui fideiussor is accessit sine contemplatione iuris praetorii. auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres exstitit, intra constitutum tempus salvum erit (Papin.). L. 38 §. 5 eod.: Qui pro te apud Titium fideiusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem

Verwirkung des Gläubigers.

§. 301.

Der Gläubiger verwirkt seine Forderung durch widerrechtliche Selbsthülfe (§. 80), in gewissen Fällen durch eine unstatthafte Cession (§. 285), endlich durch Uebernahme der Vormundschaft über seinen Schuldner mit Verheimlichung seiner Forderung (§. 337, 4).

Aufhebung der Obligatio durch Wegfall der Voraussetzungen ihres Inhalts.

§. 302.

Eine Voraussetzung jeder Obligatio ist die Möglichkeit ihres Gegenstands (§. 220). Wird die Leistung ganz oder theilweise unmöglich durch eine zu prästirende Culpa des Schuldners, so wird die Obligatio selbst dadurch weder aufgehoben noch gemindert (§. 264 ff.). Anders, wenn jene Unmöglichkeit eine zufällige ist: casus a nullo praestantur[a]); gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung ist Aufhebung oder Minderung der Forderung[b]). Diese Unmöglichkeit kann nicht eintreten bey Obligationen auf einen nicht individuell bestimmten Gegenstand: genus perire non censetur[c]), bey alternativen Gegenständen tritt sie erst mit dem Untergang aller ein[d]), bey einem

---

heredem te instituit. quamvis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; at si idem alium fideiussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione eius, pro quo fideiussum sit, eum quoque, qui fideiusserit, liberari (African.).

a) L. 18 pr. D. commod. (13, 6), L. 23 D. de R. I. (50, 17). Wächter, über die Frage: wer hat bey Oblig. die Gefahr zu tragen? Archiv für civ. Pr. XV. 6. 9 (1832). (Fuchs, Beitr. zur Lehre vom periculum bey Obligationen. Archiv für civ. Pr. XXXIV. [1851] 5. 10, Mommsen, Beitr. zum Obl.-R. Abth. I: die Unmöglichkeit der Erfüllung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse [1853]. Dazu Windscheid in der Heidelberger krit. Zeitschr. II. S. 106 ff. R.)

b) Ausnahmen von jener Regel durch Mora §. 268, durch Vertrag. L. 78 §. 3 D. de contr. emt. (18, 1): Frumenta, quae in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestiturum, ea frumenta nives corruperunt. Si immoderatae fuerunt, et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex emto poterit. L. 9 §. 2 D. loc. (19, 2), L. 25 §. 7 eod., vgl. L. 10 in f. 11 D. commod. (13, 6).

c) L. 42 D. de iure dot. (23, 3), L. 1 §. 4 D. de O. et A. (44, 7), L. 11 C. si certum pet. (4, 2).

d) Einfluß theilweisen Untergangs auf die Wahl, L. 2 §. 3 D. de eo quod certo loco (13, 4), L. 34 §. 6 D. de contr. emt. (18, 1), L. 10 in f. 11 D. de iure dot. (23, 3), L. 33 §. 1, L. 95 pr. §. 1 D. de solut. (46, 3), L. 55 D. ad L. Aquil. (9, 2). Abweichung bey Vermächtnissen, L. 47 §. 3 D. de leg. I. (30).

geschuldeten Individuum hat der Zufall jene Folge: species perit ei, cui debetur[e]). Die Hauptfrage aber ist, ob der Schuldner, welcher solchergestalt von seiner Verbindlichkeit befreit ist, den Anspruch auf die ihm gegebene oder zugesicherte Gegenleistung behält? Aus inneren Gründen ergiebt sich, daß bey Tauschverträgen überhaupt, die durch Consens perfect werden, der Umstand, daß die beiderseitige Vollziehung nicht gleich im Moment der Perfection geschehen sollte, die rechtliche Lage des Verhältnisses nicht verändern kann. So wenig im Fall sofortiger Vollziehung eine Partei das Empfangene einbüßen würde, weil das von ihr Gegebene bey dem Empfänger zu Grund geht, eben so wenig kann der rechtmäßige Aufschub der Vollziehung diese Wirkung haben, der Schuldner wird befreit und erhält die Gegenleistung[f]). Dieser Grundsatz erleidet eine Modification, wenn die Gegenleistung das Aequivalent ist für die Zeit des Gebrauchs eines Gegenstands,

e) L. 92 D. de solut. (46, 3), L. 38 §. 3, L. 47 §. 1, L. 48 pr. D. de aed. ed. (22, 1).

f) So wird denn auch entschieden in L. 5 §. 2 D. de resc. vend. (18, 5), L. 8 pr. D. de peric. (18, 6), L. 6 C. eod. (4, 48), L. 34 §. 6 D. de contr. emt. (18, 1), vgl. die Stellen Note e. Gegen die Meinung, daß diese Entscheidung auf den Kaufcontract zu beschränken sey, s. Wächter a. a. O. Die Unrichtigkeit dieser Meinung folgt nicht aus einzelnen Stellen (wie L. 10 C. de cond. ob caus. dat. 4, 6, die ebenfalls auf den Kauf bezogen werden kann, vgl. L. 5 §. 1 D. de praescr. verb. 19, 5), sondern aus dem innern Grund, auf dem die Entscheidung beruht, und daraus, daß jene Beschränkung ohne Sinn seyn würde. — Im R. R. allerdings war die Anwendung des Grundsatzes bedeutend eingeschränkt durch das ihm bey Innominatcontracten entgegentretende Reurecht, L. 5 pr. 16 D. de cond. causa d. (12, 4), eine Schranke, die im heutigen Recht weggefallen ist (§. 308 Note c). (Eine neue Hypothese hat Franz Hofmann, über das Periculum beim Kaufe (Wien 1870) S. 22 f. aufgestellt. Er verbindet die beiden Sätze, daß die Gefahr schon mit dem Abschluß, das Eigenthum erst mit der Uebergabe und dem Empfang des Kaufpreises übergeht (s. oben §. 148 g, §. 41 I. de rer. div. (2, 1), §. 3 I. de emt. vend. 3, 23), faßt beide als singuläre Begünstigungen des Verkäufers auf (S. 23) und sucht nachzuweisen, daß beide aus dem griechischen Recht (Theophrast bei Stobäus II, p. 167, Meinecke) in die zwölf Tafeln übergegangen seyen (Beilage 2 S. 169 f.). Dieser Beweis ist jedoch nur für den zweiten Satz erbracht. Der erste hat in der That nichts Singuläres, insofern der Kauf ein Veräußerungsgeschäft enthält und der Verkäufer nicht ohne und über eigene Culpa haftet, während der Käufer den Verlust der Waare durch Verkauf vermeiden kann, den Preis dagegen nach der Regel genus non perit unter allen Umständen schuldet. Die entgegengesetzte Regel bei der Miethe erklärt sich aus der hier wesentlichen Zeitdauer. Für das deutsche Recht hat Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 277 nachgewiesen, daß die Gefahr erst mit der Tradition überging. Ueber die L. 12—14 D. de peric. et comm. (18, 6) und L. 33 D. loc. (19, 1) vgl. mit L. 39 D. de solut. (46, 3), wegen deren Cujacius selbst für das römische Recht den Uebergang der Gefahr mit der Tradition zeitweilig vertheidigte, vgl. Hofmann a. a. O. S. 161—168. R.)

wie bey der locatio et conductio. Auch hier bleibt der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn dem dazu Verpflichteten durch einen von seiner Seite eintretenden Zufall der Gebrauch unmöglich wird[g]), keineswegs aber wenn, und von der Zeit an, wo dieß durch einen den Gegenstand (Sache oder Kräfte) treffenden Zufall geschieht[h]).

Das Erforderniß eines Interesse des Gläubigers, ohne welches keine Obligatio besteht, bewirkt die Aufhebung derselben, wenn es nachher wegfällt[i]).

Eine accessorische Obligatio endlich wird aufgehoben durch die Aufhebung der Hauptobligation[k]); ausgenommen wird der Fall, wenn der accessorisch Verpflichtete durch eine widerrechtliche Handlung selbst Ursache der Befreiung des Hauptschuldners ist[l]).

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Obligationen.

§. 303.

Die unendlich mannigfaltigen einzelnen Obligationsverhältnisse scheiden und vereinigen sich, wenn wir ihren Inhalt und Zweck und

g) L. 19 §. 9, L. 38. 59 D. loc. (19, 2).

h) L. 15 §. 6 eod.: Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteret (Flor. repeteretur), rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit, quod in omnibus personis similiter observandum est. L. 33 eod. — L. 1 §. 13 D. de extraord. cogn. (50, 13): D. Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret, beruht auf einer eigenthümlichen Behandlung des Advocatenlohns, die auf eine locatio conductio operarum oder operis keine Anwendung findet.

i) L. 97 §. 1 D. de V. O. (45, 1), L. 32 D. loc. (19, 2). (Diesem Satz ist widersprochen von Windscheid §. 361, 3. Allerdings läßt sich der Wegfall des Interesses zum Theil auf andere Gründe zurückführen, z. B. Wegfall des Gegenstands und des Vertrags- oder Vermächtnißwillens. L. 69 §. 1, L. 49 §. 4 — 7 D. de leg. I. (30), L. 32 §. 1 D. de fideicomm. lib. (40, 5). Allein das Interesse bildet zugleich eine eigenthümliche, von Windscheid selbst §. 251 Anm. 3 in sehr weitem Umfang anerkannte Voraussetzung der Obligation, mit deren Aufhören folgerichtig diese selbst erlöschen muß. R.)

k) L. 43 D. de solut. (46, 3), L. 4 C. de fidei. (8, 41), L. 7 §. 1 D. de except. (44, 1).

l) L. 88 D. de V. O. (45, 1), L. 32 §. 5 D. de usur. (22, 1).

ihre davon abhängende rechtliche Behandlung ins Auge fassen, in drey große Massen.

Die erste Classe bilden die Obligationen, welche selbstständig den Bedürfnissen des Verkehrs zu genügen, die Bewegung des Vermögens, welche seinen Inhalt ausmacht, zu gestalten und zu leiten bestimmt sind. Diese Geschäftsobligationen, wie sie im Gegensatz gegen die folgende Classe genannt werden sollen, sind von dreifacher Art. Zum Theil enthalten sie eine beschränkte einseitige Verpflichtung, so daß eine gegentheilige Verpflichtung des Gläubigers dabey nicht vorkommt: dieß ist der Fall bey den Obligationen, die durch Uebergang eines Gegenstands von der creditirenden Partei in das Vermögen der schuldenden begründet werden (§. 219 a. E.), oder die der Intention der Begründer gemäß so behandelt werden, als ob dieß geschehen wäre (wie nach R. R. die Obligatio aus der Stipulation, dem Literalcontract, dem Vermächtniß), und bey den gesetzlichen Verpflichtungen zu einseitigen Prästationen. Sodann giebt es einseitige Geschäftsobligationen, deren Natur eine Verpflichtung des Gläubigers zuläßt, so daß dem Schuldner eine contraria actio gegeben wird; es sind theils solche, die durch Ueberlieferung eines Gegenstands (aber nicht so, daß er aus dem Recht des Gebers völlig herausgeht) begründet werden, theils solche, die eine Führung fremder Geschäfte zu ihrem Inhalt haben. Diesen folgen endlich die gegenseitigen Obligationen (§. 232).

Die zweite Classe ist die der Delictsobligationen, die ein begangenes Unrecht zu tilgen, das Recht des Verletzten durch Schadensersatz und Strafe wiederherzustellen bestimmt sind. Sie sind Mittel des Schutzes eines ihnen an sich fremden Rechts, des Rechts der Persönlichkeit, welches der Thäter, der sich über das Recht überhaupt hinwegsetzt, antastet.

Die dritte Classe endlich hat ebenfalls die Abwendung eines Unrechts und einer Verletzung zum Zweck, aber so, daß sie dagegen zu sichern bestimmt ist, also die Verletzung, gegen die sie eine Abhülfe geben soll, sey es durch Vorbeugung oder durch Wiederherstellung, wenn sie eintreten sollte, nicht als eine schon geschehene zur Voraussetzung hat. Die Obligationen dieser Classe nähern sich theils den Delicts-, theils den Geschäfts-Obligationen, je nachdem sie in ihrer Entstehung entweder mit jenen oder mit diesen übereinkommen.

I. Geschäftsobligationen.

A. Beschränkt einseitige.

1. Darlehen[a]).

§. 304.

Das Darlehen, mutuum, wird geschlossen durch die Ueberlieferung fungibler Sachen zu Eigenthum gegen die Verbindlichkeit, eine gleiche Quantität dieser Sachen zu restituiren[b]). Der Mangel des Eigenthumsübergangs, wenn er allein der Entstehung der Darlehnsobligation entgegenstand, kann gehoben werden durch nachherige Consumtion von Seiten des Empfängers; in dem Augenblick, wo er dadurch der Vindication ausgesetzt zu seyn aufhört, wird er der Darlehnsklage unterworfen[c]). Ueberhaupt ist das mutuum möglich, ohne daß das Eigenthum unmittelbar von dem Darleiher an den Empfänger gekommen ist[d]).

---

a) Dig. XII. 1: de rebus creditis si certum petetur et de condictione. Cod. IV. 1: de reb. cred. et inreiur. 2: si certum petatur. (Das weitschweifige Werk von G. E. Heimbach, die Lehre vom Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten [1849], 23 fortlaufende Abhandlungen, enthält im Widerspruch mit seinem Titel nur eine [auf Savigny, System V. Beil. XIV gegründete] Darstellung des reinen römischen Rechts und Processes. R.)

b) L. 2 D. h. t. (12, 1). Der Vertrag, wodurch der eine Contrahent eine Summe zu geben, der andere die zu empfangende zu restituiren verspricht, ist noch kein Mutuum, sondern ein pactum de mutuo dando, vgl. L. 30 eod. und oben §. 251. (Seuffert's Archiv II. 165. IV. 32. X. 37. XIII. 138. — Stellvertretung bei dem Darlehns- und andern Realverträgen: Jhering, Jahrb. für Dogm. II. S. 87 f. „Ueberall, wo auf Grund eines dare eine Verpflichtung zur Zurückgabe entsteht, hängt es von dem Geber ab, durch Vornahme des dare auf den Namen eines Anderen letzterem die Forderung zu erwerben.“ L. 9 §. 8 D. h. t., L. 126 §. 2 D. de V. O. (45, 1), L. 2 C. si cert. [4, 2], L. 2 C. per quas pers. [4, 27]. R.)

c) L. 11 §. 2 eod.: Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur? Et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua, fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis. Quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant, aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi. Quod si sine dolo malo consumsisti, condici tibi poterunt. L. 13 §. 1 eod. S. g. actio de bene depensis. — Anders, wenn es an der Uebereinkunft fehlt, L. 32 eod.: Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est (Iuvent. Celsus). S. g. condictio Iuventiana, vgl. §. 312.

d) Zwei Fälle gehören hierher: 1) das Geld kommt nicht von dem Gläubiger

Wenn der Gläubiger die Gefahr des Darlehens oder der dafür angeschafften Waaren übernimmt, so kann die dafür bedungene Prämie die Höhe der gesetzlichen Zinsen übersteigen, sey es Seegefahr, die übernommen worden ist (pecunia traiecticia, foenus nauticum)[e], oder eine andere (foenus quasi nauticum), nur darf unter dem Schein dieser Assecuranz nicht ein Spiel beabsichtigt seyn[f]).

§. 305.

Ein über den Empfang des Darlehens ausgestelltes Schuldbekenntniß verändert die Darlehensobligatio nicht, es ist keine neue causa debendi, sondern nur ein Beweis derjenigen, von welcher es Kunde giebt[g]). Diese Beweiskraft ist aber beim Darlehen zwey Jahre lang,

---

an den Schuldner, L. 15 eod.: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. L. 2 C. per quas person. (4, 27), L. 9 §. 8 D. h. t. (12, 1). Immer die Uebereinstimmung zwischen den Parteien vorausgesetzt, ohne welche zwar eine condictio, aber nicht ex mutuo möglich ist, L. 32 eod. (Note c). (Streitfragen: Novation durch Darlehnsvertrag und Ausdehnung auf Abrechnung: Bähr, Jahrb. für Dogm. II. S. 425 f., Sintenis II. §. 105 Anm. 2. §. 108, Römer, bedingte Novation [1863] S. 15 f., Seuffert's Archiv I. S. 335, II. 35. 36. III. 105. V. 127. 274. XIII. 17. XIV. 16. 17. R.) 2) Der Gläubiger giebt eine andere Sache, die der Empfänger erst in Geld umsetzt (s. g. contractus mohatrae, Ducange s. v. Mohatra vox portentosa, qua significatur contractus, quo quis egens pecunia emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio et statim ei pecunia numerata pretio infimo revendit. Idem Barata interdum dicitur), L. 11 pr. eod. — In beiderley Hinsicht war African anderer Meinung, der von dem Erforderniß, daß nummi qui mei erunt, tui fiunt, nur für einen Fall eine Abweichung zuließ, L. 34 pr. D. mand. (17, 1). (Vgl. darüber Savigny, Obl. I. S. 281. Anders Römer, bed. Novation S. 8 f., Heimbach, Creditum S. 279, dagegen aber Arndts §. 280, 4. R.)

e) Dig. XXII. 2. Cod. IV. 33: de nautico foenore. L. 36 §. 1 C. de usur. (4, 32). (L. 122 §. 1 D. de V. O. [45, 1] und dazu Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß [1832] X. No. 1, Goldschmidt, Unters. zur L. 122 cit. [1855]. R.)

f) L. 5 D. de naut. foen. (22, 2). Periculi pretium est et si conditione quamvis poenali non existente recepturus sis, quod dederis, et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat; veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut: si manumittas, si non illud facias, si non convaluero et cetera. Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.

g) L. 26 §. 2 D. depos. (16, 3), L. ult. D. de probat. (22, 3), L. 26 D. de donat. (39, 5). Vgl. §. 357 a. E.

von der Ausstellung des Empfangscheins gerechnet, suspendirt durch das Recht des Ausstellers, dem Schein die Behauptung des Nichtempfangs entgegenzusetzen, querela non numeratae pecuniae[h]), entweder mittelst der exceptio n. n. p. gegen die Klage des angeblichen Gläubigers, oder einer klagweisen Zurückforderung des Scheins[i]), oder endlich mittelst einer dem Gegner gemachten (schriftlichen außerordentlichen oder gerichtlichen) Protestation[k]). Die Wirkung der Querel ist Vernichtung der Beweiskraft der Urkunde, erbringt aber der Gläubiger den Beweis durch andere Mittel, so wird der Schuldner in das Doppelte condemnirt, ausgenommen wenn er auf die von dem Gläubiger gewählte Eidesdelation sofort bekennt[l]). Ist die Querel beseitigt, sey es durch Ablauf der Zeit, oder durch eine reelle Anerkennung des Empfangs, die in theilweiser Zurückzahlung oder Zinsenzahlung liegt[m]), oder durch Verzicht[n]), so tritt der Schein in die vollkommene Beweiskraft, die einem anderen schon durch seine Ausstellung zukommt[o]), ein Gegenbeweis der Nichtexistenz der Schuld ist so wenig als gegenüber einem anderen Beweis ausgeschlossen[p]), nur daß er hier so wenig als sonst durch Eidesdelation geführt werden kann[q]).

h) Cod. IV. 30: de non numerata pecunia. Inst. III. 21: de literarum obligationibus. Unterholzner, über die exc. n. p. pec., Archiv für civ. Pr. VII. 1 (1824). Gropp, über literarum obl., actio indiscreta und pec. cauta non num., in s. u. Heise's Abhandlungen I. 18 (1827), Pfeiffer, prakt. Ausführungen II. 2 (1827), Marezoll, über das Wesen der Scriptura nach neuestem R. R., Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. III. 14 (1830). Vgl. Osenbrüggen, zur Interpr. des Corp. I. C. Cap. 2 (1842). Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten giebt Gneist, die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts 1845 1. Abth.

i) L. 7 C. h. t. (4, 30): Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis. L. 8. 9. 12 C. eod., L. 4 C. de cond. ex lege (4. 9).

k) L. 14 §. 4 C. h. t., vgl. Nov. 100 c. 1.

l) Nov. 18 c. 8 (Auth. Contra C. h. t.).

m) L. 4 C. h. t. (4, 30). Nach der gewöhnlichen Meinung auch durch eine spätere wörtliche Anerkennung, Unterholzner a. a. O. S. 11. 45 ff.

n) Die gewöhnliche Meinung ist, daß der Verzicht nicht in dem Schuldschein selbst geschehen dürfe, und nur ein eidlicher Verzicht eine Ausnahme machen könne, s. Glück, Comment. XII. S. 155 ff. Unterholzner a. a. O. S. 47 ff.

o) Dieß und nicht mehr sagen L. 8. 14 pr. C. h. t. (Note r).

p) L. 13 C. eod., L. 4 C. de dot. prom. (5, 11): Si voluntate dotantis in dotali instrumento plura tibi tradita scripsisti, quam suscepisti, intelligis de his, quae desunt, petendis pactum esse seontum.

q) L. 14 §. 3 C. h. t. (4, 30). Diese Ausnahme dient zum Beweis der Regel, die denn auch in der Praxis angenommen ist, während manche Schriftsteller der Urkunde die Eigenschaft einer neuen causa debendi beilegen, deren Wirksamkeit

Die Querel bezieht sich nur auf Darlehensobligationen[r]; doch ist auch dem Aussteller eines Scheins über eine empfangene Dos ein ähnliches Rechtsmittel (querela non numeratae dotis) gegeben (§. 420).

§. 306.

Durch das senatusconsultum Macedonianum ist in einem besonderen Fall die Wirkung der Darlehensobligatio beschränkt worden[s]).

---

von der Existenz der darin bezeugten ganz unabhängig wäre. Zu dieser Meinung hat die unpassende Verbindung, in welche die justinianischen Institutionen die Querel mit der alten literarum obligatio bringen, Anlaß gegeben: — sic fit, ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione —. Vgl. Theophil. paraphr. ad Inst. III. 21. (Die wahre neue causa liegt in dem Empfangsbekenntniß, welches nur durch ein der Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile verwandtes Rechtsmittel (§. 271), nicht durch gewöhnlichen Gegenbeweis aufgehoben werden kann. Vgl. L. 13 C. h. t. Rudorff, Zeitschr. für gesch. R.-W. XIV. 358 f., s. auch Gneist S. 89 f., vgl. mit Hdlb. krit. Ztschr. I. S. 485. — Abweichende Ansichten: 1) Einert, über das Wesen und die Form des Litteralcontracts 1852: die exc. stehe nur gegen die actio ex stipulatu und nominum obligatione, nicht gegen das bloße Empfangsbekenntniß zu. Dagegen: Hdlb. krit. Ztschr. I. S. 479 f. 2) Bähr, Anerkennung (1855) S. 291 f.: der Schuldschein entbehre als Formalvertrag binnen zwei Jahren die Verpflichtungskraft, nicht aber als Empfangsbekenntniß die Beweiskraft. Dagegen und insoweit für die gemeine Lehre: Brinz, Pand. I. 428 f.; Replik: Bähr in den Jahrb. für Dogmatik II. (1848) S. 346 f. 3) Schlesinger, Formalcontracte (1858) No. II die querela non numeratae pecuniae S. 180 f.: der Aussteller muß binnen der gesetzlichen Frist vor allem beweisen, daß die Ausstellung vor der Auszahlung des Geldes erfolgt sei. Dagegen: Windscheid in der krit. Vierteljahrsschr. I. S. 109, Witte, Bereicherungsklagen S. 225 f., Herold im prakt. Archiv VI. S. 429, Sintenis II. §. 96 Anm. 28, Schletter's Jahrb. VI. S. 25. — Ueber die Ansichten der Glossatoren: Haenel, diss. dom. p. 11 (§. 13), p. 28 (§. 40), pag. 79 (§. 11), pag. 107 (§. 62), pag. 127 (§. 4), pag. 207 (§. 114), pag. 264 (§. 20), pag. 399 (§. 200), pag. 207 b (§. 238), pag. 422 (§. 239). — Ueber die Praxis: Seuffert, Archiv VI. 179. VII. 169. VIII. 250. XV. 107. R.)

r) Vgl. L. 5 C. h. t. (4, 30): Adversus petitiones adversarii, si quid iuris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes, non nnmeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Cum antem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, nnmerata sit, sed an iusta cansa debiti praecesserit. L. 14 pr. C. eod.: In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obiicere possit, qui accepise pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, ut eo elapso nullo modo querela non nnmeratae pecuniae introduci possit, his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam elapso quinquennio in praeteritis temporibns adiuvabantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statntnm est, eodem auxilio potituris. Für eine weitere Anwendung ist Unterholzner S. 19 ff.

s) Dig. XIV. 6. Cod. IV. 28: ad S. C. Macedonianum. (Dietzel, das S. C.

der Klage aus einem Gelddarlehen, das einem Filiusfamilias gegeben worden ist, steht die exceptio S. C. Macedoniani entgegen t). Die Exceptio hat der Empfänger und der Vater u), auch der Bürge, aber dieser nur im Interesse des Filiusfamilias selbst v), sie steht der Darlehensklage entgegen, nicht der Vindication, wenn das Darlehen wegen Mangels der Veräußerungsbefugniß ungültig war w), auch nicht dem Restitutionsgesuch eines minderjährigen Darleihers x), sie läßt die Obligatio als naturalis bestehen y), weder der Empfänger noch der Vater hat die Condictio des Gezahlten, wohl aber der Vater die Vindicatio, wenn der Sohn aus dessen Vermögen gezahlt hat z).

Macedonianum 1856. Rechtsgeschichtliches: Rudorff, röm. R.-G. I. S. 123 f. Seydel, die gemeine Lehre vom Macedonianischen Staatsbeschluß 1869, Ryck im Archiv für civ. Pr. LIII. (1870) S. 94 f. In Betreff des heutigen Rechts versucht Seydel S. 59 auszuführen, daß der Rechtssatz nicht mehr wie im römischen Recht auf äußere Motive der Gesetzgebung, sondern auf der durch die Familienverfassung gegebenen Verminderung der Handlungsfähigkeit (?) beruhe. Consequenter Weise müßte der Gedanke des Senatusconsults, den Gläubiger, welcher einem Vermögenslosen, der nur vom Tode seines Familienhauptes die Mittel der Rückzahlung zu hoffen hat, gleichwohl creditirt, mit dem Verlust des Klagerechts zu bestrafen, im heutigen Recht zur Beseitigung des Senatusconsults führen, da das Bedürfniß eines solchen Schutzes des Familienhaupts sich nicht in gleicher Weise wie in der römischen Gesetzgebung herausstellt. R.)

t) L. 1 pr. D. h. t. Gelddarlehen (offen oder verhüllt), L. 3 §. 4, L. 4. 7 §. 3, L. 13 D. eod., L. 3 C. eod.: — origo potius obligationis quam titulus actionis considerandus est. An einen Filiusfamilias, L. 1 §. 1 — 3 D. eod., L. 3 §. 4 eod.: Si a filiofam. stipulatus sim et patrifam. facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris vel alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare S. C., quia mutua iam patrifam. data est. Als Subject castrensischer Güter ist er Paterfamilias, L. 1 §. 3, L. 2 eod., L. ult. §. 1 C. eod. Die letzte Stelle versteht man gewöhnlich von einer singulären Ausnahme bey Soldaten, sie möchten bona castrensia haben oder nicht (z. B. Vangerow, Leitf. §. 245). Abgesehen davon, daß der totale Mangel castrensischer Güter bey einem Soldaten kaum vorkommen wird, wäre dieß ein privilegium odiosum militum, welches alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hat. (Vgl. hiergegen Arndts Lehrb. §. 282 Anm. 2. Ausdehnung 1) auf quasicastrensischen Erwerb: Seuffert, Archiv XV. 20; 2) auf unregelmäßige Adventitien? Vangerow I. §. 245 Anm. 1 a, Schwanert, Naturalobl. S. 344. Dagegen: Seuffert §. 312 Anm. 11; 3) auf regelmäßige Adventitien? Dietzel S. 150. Dagegen: Vangerow, Schwanert a. a. O. Anm. 12. R.)

u) L. 7 §. 10 D., L. 6 C. eod. Nicht gegen die actio de in rem verso, L. 7 §. 12—14 D., L. 2. 5 C. eod.

v) L. 9 §. 3 D. eod. (14, 6).

w) L. 3 §. 2 eod.

x) L. 11 §. 7, L. 34 pr. D. de minor. (4, 4).

y) L. 9 §. 4. 5, L. 10. 11 D. h. D. (14, 6), L. 18 pr. 40 pr. D. de cond. indeb. (12, 6).

z) L. 14 D. de reb. cred. (12, 1): Si filiusfamilias contra senatusconsultum

Das S. C. cessirt, 1) wenn das Darlehen zur Deckung eines unabweislichen Bedürfnisses gegeben und aufgenommen worden ist[aa]), 2) wenn es mit dem Willen des Vaters gegeben oder von ihm ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. durch theilweise Zahlung oder durch Schweigen, wo er hätte seine Mißbilligung erklären müssen) genehmigt worden ist[bb]), 3) wenn der Empfänger, nachdem er Paterfamilias geworden, die Schuld anerkannt und genehmigt hat[cc]), 4) wenn der Gläubiger über die Eigenschaft des Empfängers als Filiusfamilias in einem entschuldbaren Irrthum sich befand[dd]).

mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur, sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex quo actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset, in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem. L. 9 §. 1 D. h. t. (14, 6): Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Iulianus, si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis; si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere. Beide Stellen sind aus Ulpian. lib. XXIX ad edictum. Vgl. L. 11 §. 2 D. de reb. cred. (§. 304 Note c).

aa) L. 47 §. 1 D. de solut. (46, 3), L. 7 §. 14 D. h. t. (14, 6). (Seuffert's Archiv XI. 229. R.)

bb) L. 7 §. 15, L. 12. 14. 16 D., L. 2. 4. 7 C. eod. Dahin gehört auch die Aufnahme eines Darlehens als magister navis oder institor des Vaters oder in einem mit dem Willen des Vaters betriebenen Handelsgeschäft, L. 7 §. 11 D. eod. (Seuffert's Archiv IV. 28. R.)

cc) L. 2 C. eod. (4, 28). Eine Novation beseitigt ohnedieß die exceptio S. C. Macedoniani, ist sie aber aus einem factischen Irrthum geschehen, so wird gegen die neue Klage eine in factum exceptio gegeben, L. ult. D. eod. (14, 6). Die Meinung, daß durch eine theilweise Zahlung die Exceptio auch für den Rückstand verloren werde (Francke, Abh. S. 125 u. a. R.), hat keinen inneren Grund für sich, da in der That das Darlehen von der Beschaffenheit gewesen seyn kann, daß es nur zum Theil sich rechtfertigen ließ, sie ist auch nicht begründet durch L. 7 §. 16 eod.: Si paterfam. factus solverit partem debiti, cessabit S. C. nec solutum repetere potest, und widerspricht der unmittelbar auf diese Stelle folgenden Entscheidung, daß die Bestellung eines Pfandes nur usque ad pignoris quantitatem die Exceptio beseitigt, L. 9 eod. (Exceptio des Bürgen nach der Anerkennung: Chr. Fr. Elvers im Archiv für prakt. Rechtswiss. II. 3 [1854]. R.)

dd) L. 3 pr. §. 1, L. 19 eod., L. 1 C. eod. (4, 28). (Vgl. jedoch L. 7 §. 7 eod. Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. sed et si alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate, severius dicendum est, utrique nocere. idem est et in duobus reis stipulandi. Ueber die Aufhebung (der Zinsbeschränkungen und) des S. C. Macedonianum (in Württemberg und Sachsen) (vgl. Zimmermann im Archiv für civ. Pr. LII. (1869) No. XV. S. 373—380. R.)

Condictionen ohne Contract[a]).

§. 307.

Der Grund, aus welchem etwas an einen Anderen gekommen ist, kann ihn zur Rückgabe verpflichten ohne Vertrag. Die Klage auf Zurückgabe ist eine condictio, wenn es eine Vermögensveränderung ist, die in einer zur Rückgabe verpflichtenden Art eintrat, also wenn ein Bestandtheil aus dem Vermögen des Einen heraus und in das des Anderen übergegangen ist[b]); von dieser Voraussetzung macht ein Fall eine Ausnahme (§. 311). Die Verpflichtung zur Rückgabe beruht im allgemeinen darauf, daß die Vermögensveränderung ohne rechtlichen Grund eingetreten ist, sey es, daß dieser Mangel eines rechtlichen Grundes von Anfang bestand, oder durch einen nachfolgenden Umstand eintrat[c]). Die einzelnen Fälle aber theilen sich in drey Classen: 1) der

a) Dig. XII. 4: de condictione causa data causa non secuta. 5: de condict. ob turpem vel iniustam causam. 6: de cond. indebiti. 7: de cond. sine causa. XIII. 1: de cond. furtiva. 2: de cond. ex lege.

Cod. IV. 5: de cond. indebiti. 6: de cond. ob causam datorum. 7: de cond. ob turpem causam. 8: de cond. furtiva. 9: de cond. ex lege et sine causa vel iniusta causa.

b) Vgl. Savigny, System V. Beil. VIII 5 ff. (Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung [1850], Reinhard, Zeitschr. für Civilrecht und Proceß, N. F. VIII. [1851] 3 §. 1—6, Herm. Witte, die Bereicherungsklagen [1859] S. 51—253, Erxleben, die condictiones sine causa, 1. Abth. 1850, 2. Abth. 1853. Unbefriedigend, schwerfällig und weitschichtig ist die Abhandlung von M. Voigt: Ueber die condictiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen [1864], aus welchem Abth. 6 „die Lehre von den condictiones ob causam“ S. 226—772 enthält. Vgl. darüber Esmarch, krit. V.-J.-Schr. V. S. 523—541, Herm. Witte in Schletter's Jahrb. X. S. 6—25, Arndts §. 233 Anm. 2. 3 §. 340 Anm. 1, Windscheid, Pand. §. 421—429. R.)

c) L. 1 §. 3 D. de cond. sine causa (12, 7): Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam. (Im Allgemeinen enthalten diese Widerrufsklagen eine Erweiterung des Eigenthumsschutzes über die Gränzen der Vindication hinaus. Dieses drücken die Sätze aus: proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse [L. 12 in fin. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9. §. 14 I. de act. 4, 6] und andererseits siquidem exstant nummi, vindicabuntur, consumtis vero, condictio locum habebit a praedone fructus et vindicari exstantes possunt et consumti condici, L. 29 D. de cond. ind. [12, 6], L. 22 §. 2 D. de pign. act. [12, 6]. Nur braucht der Gegenstand vorher nicht gerade ein Eigenthum des Klägers gewesen, sondern nur seinem Vermögen entzogen seyn L. 26 §. 12, L. 15 D. de cond. ind. [12, 6], Seuffert's Archiv II. 57. R.)

L. 52 D. de cond. ind. (12, 6): Damus aut ob causam aut ob rem. Ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniae

Grund, aus welchem etwas an den Beklagten gekommen ist, ist ein falscher, entweder ein in der Zukunft (condictio causa data causa non secuta §. 308), oder ein in der Vergangenheit liegender (condictio indebiti §.309); 2) der Grund ist ein rechtswidriger, entweder ein künftiger (cond. ob turpem causam §. 310), oder ein vergangener (cond. ob iniustam causam §. 311); 3) es ist gar kein Grund vorhanden (cond. sine causa §. 312)[d]).

Condictio causa data causa non secuta *).

§. 308.

Wenn etwas um eines künftigen Erfolgs willen gegeben worden ist, so hat, wenn dieser nicht eintritt, der Empfänger es ohne rechtlichen Grund. Die Condictio, die gegen ihn auf Zurückgabe mit Früchten und Accessionen[a]) stattfindet (ob rem datorum, ob causam datorum, causa data causa non secuta), setzt voraus 1) eine futura causa non inhonesta, wegen deren etwas gegeben worden ist[b]), da-

---

non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. L. 1 D. de cond. ob turp. c. (12, 5): Omne, quod datur, aut ob rem datur aut ob causam. Et ob rem aut turpem aut honestam; turpem autem aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut utriusque. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.

d) Es gab Gesetze, die eine Verbindlichkeit festsetzten und eine als Condictio zu behandelnde Klage gaben (z. B. L. 28 D. ad L. Iul. de adult. 48, 5), ungeachtet der Fall von der Natur der Condictionen ganz und gar abwich. Diese anomale Condictio nannte man condictio ex lege, cond. quae ex lege descendit. Die praktische Bedeutung dieser Form war schon im justinianischen Recht antiquirt, daher die Compilatoren unter jener Rubrik (Dig. XIII. 2) eine Stelle aufgenommen haben, worin sie gerade die Erklärung der condictio ex lege selbst wegließen.

*) (Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung 1850, Erxleben, die condictiones sine causa. Zweite Abth. die condictio causa data, causa non secuta. 1853, Voigt §. 76. 78. 79 vgl. mit §. 58. 65, gegen diesen aber Witte in Schletter's Jahrb. X. S. 18 f. — Ueber die Bezeichnung condictio causa data L. 5 C. h. t., L. 5 §. 1 D. praescr. verb. [19, 5] Pagenstecher in der Hdlb. krit. Ztschr. II. S. 60 f., Witte S. 63 Anm. 14, Voigt S. 490. 550 Anm. 463. S. 621 Anm. 547. R.)

a) L. 7 §. 1, L. 12 D. de cond. causa data (12, 4).

b) L. 1 eod., L. 5 C. de cond. ob c. dat. (4, 6). Donatio sub modo, L. 2. 3. 6. 8 C. eod. Mortis causa donatio, L. 35 §. 3 D. de m. c. don. (39, 6). Dos für eine künftige Ehe, L. 7 §. 1, L. 10 D. de cond. causa d. (12, 4). Condicionis implendae causa datum, wenn das Erbrecht nachher nicht erworben wird, L. 1 §. 1.

her fällt sie weg, wenn es vermöge einer gegenseitigen Obligatio geschah; der Geber hat hier um der Gegenleistung willen die Obligatio contrahirt, aber nicht eigentlich seine Leistung gegeben, die er vielmehr, da er sie kraft der bestehenden Obligatio zu geben verpflichtet war, ob causam praeteritam gegeben hat[c]); 2) das Nichterfolgen der causa[d]), sey es, daß sie durch Schuld des Empfängers oder durch Zufall nicht erfolgt. Nur kann die Klage beym Zufall cessiren wegen der besonderen Natur des Geschäfts[e]), und in jedem Fall geht sie hier nur auf das, was der Empfänger noch hat[f]). Vermöge willkürlichen

---

L. 2 eod. Zahlung an den Procurator unter Voraussetzung der Ratihabition, L. 14 eod. u. s. f.

e) Dahin gehören nach heutigem Recht auch die Verträge, die nach R. R. erst durch Leistung von einer Seite (als Innominatcontracte) klagbar wurden (§. 250), die aber jetzt schon durch Uebereinkunft diese Wirkung haben und eine gegenseitige Obligatio erzeugen, z. B. der Tauschvertrag. Nach R. R. hatte bey jenen Innominatcontracten, so lange die Gegenleistung nicht erfolgt war, der Gläubiger die Wahl, sie mit der actio praescriptis verbis zu fordern, oder sich den Handel gereuen zu lassen und ihn einseitig aufzuheben. Dieses ius poenitendi übte er mit der cond. c. d. c. n. s. auf Rückgabe seiner Leistung aus, L. 5 §. 1, L. 7 de praescr. verb. (19, 5), L. 3 §. 2. 3, L. 5 pr. D. de cond. causa data (Note f). Das ius poenitendi findet in jenen Fällen heutzutage so wenig Statt, als schon nach R. R. bey dem Kauf- und Miethvertrag, und aus demselben Grund, aus welchem es bey diesen Verträgen wegfällt. (Vgl. auch Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß V. [1851] 2 Num. 10. R.)

d) L. 1 §. 1 D. de cond. ob turp. c. (12, 5).

e) Namentlich bey der Schenkung, L. 10 C. de cond. ob. c. dat. (4, 6).

f) L. 3 §. 2. 3 D. de cond. causa d. (12, 4): Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere, aut si me poeniteat, condicere possum. Quid, si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio. nisi poeniteat, quod si praeteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti, quod datum est, possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse, si minus, cessare. L. 5 pr. eod.: Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceris, an condici possit, videndum. Et cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare; sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est, nisi forte tua interait, non accepisse te ob hanc causam pecuniam. nam si ita res se habet, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumtus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte quam accepisti, erogasse, condictio cessabit; sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius, quod expendisti. L. 5 §. 3. 4 eod. (Wenn die Thatsache, welche Voraussetzung der Leistung ist, in einer Leistung besteht, die dem Empfänger auferlegt ist, so ist ordentlicher Weise verschuldete Nichterfüllung erforderlich. Vangerow III. §. 591, Windscheid, Voraussetzung S. 177, Erxleben

Widerrufs hat der Geber die Condictio nur, wo die Natur des Geschäfts diesen gestattet[g]).

Condictio indebiti *).

§. 309.

Ein Irrthum in den Motiven begründet keine Zurückforderung; wer etwas um einer causa praeterita willen gegeben hat, wenn sie auch falsch ist, hat nicht die Condictio[a]). Von dieser Regel macht die condictio indebiti eine Ausnahme, welche begründet ist, wenn jemand, was er dem Empfänger nicht schuldig war, in der Meinung es schuldig zu seyn, leistete[b]). Die Voraussetzung der Nichtschuld existirt, wenn überall keine Schuld[c]), oder keine auf den geleisteten Gegenstand[d]), oder keine des Zahlenden an den Empfänger vorhanden war[e]). Die

S. 386, Brinz I. §. 97, Witte, Bereicherungsklagen S. 104, Seuffert's Archiv XVI. 104. R.)

g) Z. B. das einem Mandatar zur Ausrichtung des Auftrags Gegebene. (Beweislast des Klägers bezüglich der causa non secuta? Erxleben S. 499. Dagegen Windscheid S. 189, Bähr, Anerkennung S. 64, gegen diese Brinz §. 97 S. 431. Witte S. 169, gegen diese Gerber, Beitr. zur Lehre vom Klaggrund S. 125, Maren, Beweislast S. 254. Windscheid in Pözl V.-J.-Schr. I. S. 121 f. 132. R.)

*) (Erxleben Abth. I., über die zahlreichen Streitfragen: Holzschuher Il. 2 S. 462—486. R.)

a) L. 52 D. de cond. indeb. (§. 307 Note c), L. 65 §. 2 eod.

b) L. 1 eod., L. 53 D. de R. I. (50, 17): Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est. (Die Nothwendigkeit einer Leistung bestreitet ohne Grund Voigt S. 636. Dagegen: Arndts §. 341 Anm. 2. R.)

c) L. 26 §. 3 D. de cond. ind. (12, 6): Indebitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat, quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit. Bedingte Schuld, L. 16 pr. 18 eod. Anders bey einer betagten, L. 10 eod. Naturale debitum, L. 11. 13. 19 pr. 40 pr. 41. 51. 64 eod. Vgl. dazu Brinz I. S. 412. R.) In Beziehung auf usurae indebitae sind drey Fälle zu unterscheiden: 1) unerlaubte, L. 18 C. de usur. (4, 32), L. 26 pr. D. cond. ind. (12, 6), 2) erlaubte von einem nicht existirenden Capital, L. 26 §. 2 eod., 3) nicht geschuldete von einem bestehenden Capital; hier fällt die Zurückforderung weg, L. 26 pr. eod. (Witte, Bereicherungsklagen S. 69 f., Voigt S. 647 f., Seuffert's Archiv XVI. 49. Der Grund ergiebt sich aus der Abrechnung auf das Capital L. 5 §. 2, L. 102 §. 3 D. de solut. (46, 3), L. 3, 18 C. de usur. (4, 32), Arndts §. 341 Anm. 3. R.)

d) L. 19 §. 3, L. 32 pr. §. 3 eod. Abweichung bey Vermächtnissen, L. 19 D. de leg. II. (31).

e) L. 65 §. 9 D. de cond. indeb. (12, 6): Indebitum non est tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debeat, alius, quasi ipse debeat, solvat. L. 44 eod.: Repetitio nulla est

Frage der Schuld oder Nichtschuld entscheidet sich nach der Zeit der Leistung[f]), wo aber die Leistung als Vergleich über eine ungewisse Schuld angesehen werden kann, fällt die Condictio weg[g]). Die zweite Voraussetzung ist der Irrthum des Zahlenden[h]), dieser muß ein entschuldbarer, also regelmäßig ein factischer seyn (§. 57)[i]). Der Be-

ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est. Vgl. L. 8. 13 pr. eod., L. 12 D. de novat. (46, 2), L. 66 D. de solut. (46, 3).

f) Darauf bezieht sich auch L. 42 D. de cond. indeb. (12, 6): Poenae non solent repeti, cum depensae sunt. Vgl. L. 22 pr. D. de pign. act. (13, 7), L. 3 §. 14 D. de tab. exh. (43, 5), L. 74 D. de solut. (46, 3), L. un. §. 2 D. de L. Iul. amb. (48, 14), L. 46 D. de R. I. (50, 17). (Vgl. Brinz I. S. 415. R.)

g) L. 4 C. de cond. indeb. (4, 5), §. 7 I. de obl. quasi ex contr. (3, 27).

h) Wer nicht schenken kann, bey dem ist die wissentliche Zahlung so gut als die irrthümliche, L. 29 D. de cond. indeb. (12, 6): interdum persona locum facit repetitioni —. Der Zweifel steht dem Irrthum gleich, L. 11 C. h. t., selbst, wenn die Rückzahlung nicht ausdrücklich vorbehalten ist, L. 2 pr. D. h. t. Arndts §. 341, 7, Seuffert's Archiv IV. 123, VII. 54, XIII. 233. R.)

i) L. 9 §. 5 D. de iur. et facti ign. (22, 6), L. 10 C. eod. (1, 18): Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est. L. 6. 7 C. eod., L. 6. 7 C. de cond. ind. (4, 5). Für die Zulassung des Rechtsirrthums ist Mühlenbruch, Archiv für civ. Pr. II. 35, vorzüglich wegen L. 1 pr. D. ut in poss. leg. (36, 4): Si quis, cum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem? Et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. quid deinde si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui ius ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse. Quid deinde si commissa sit stipulatio? fideiussores putamus exceptione uti posse an non? et magis est, ut utantur exceptione, quia ex ea causa intercessit satisdatio, ex qua non potuit. S. dagegen Savigny, System III. Beil. VIII. 35—39. Eine eigenthümliche Ansicht hat Christiansen, zur L. von der nat. obl. und cond. ind. (1844) S. 69 ff., sie hängt mit seiner Theorie von der naturalis obligatio (§. 237 Note d) zusammen: der Irrthum soll nur die Bedeutung haben, den animus solvendi und damit die solutionis causa auszuschließen, die Unterscheidung von factischem und Rechtsirrthum sodann soll für die Frage wichtig werden, ob nicht wenigstens der Wille, eine sittliche Pflicht, welche die Condictio ausschließe, zu erfüllen, anzunehmen sey. (Die Streitfrage über die Bedeutung und die Beschaffenheit des Irrthums hängt mit der allgemeineren über den Grund der condictio indebiti und sine causa zusammen. Die ältere Erklärung aus einem Quasicontract oder aus dem Satz, daß Niemand sich aus fremdem Vermögen mit Unrecht bereichern dürfe, ist gar keine Erklärung, da sie nicht angiebt, worin die Widerrechtlichkeit besteht. Die neueren Schriftsteller führen dieselbe größtentheils auf einen stillschweigenden Vorbehalt des Leistenden zurück, welcher wieder entweder aus Mangelhaftigkeit der juristischen Absicht [Liebe, Stipulation S. 345, Gneist, formelle Verträge II. §. 5. 6], oder als Bedingung [Donellus XIV. c. 16 §. 10 c. 24 §. 7, Christiansen a. a. O. S. 61—65, Renaud, Archiv für civ. Pr. XXIX. 4. 14 (1856), Herrmann,

weis übrigens des Irrthums liegt dem Kläger nicht ob, was aber die erste Voraussetzung anlangt, so wird die Beweislast durch die geschehene Zahlung nicht verändert, wenn der Beklagte den Empfang geleugnet hat und dessen überwiesen worden ist, eben so, wenn der Zahlende eine Person ist, der sich eine leichtsinnige Anerkennung nicht existirender Schulden wohl zutrauen läßt, außerdem steht ihm die Vermuthung entgegen und er hat zu beweisen, daß er nicht schuldete; immer liegt ihm dieser Beweis ob, wenn er nur theilweise die Schuld leugnet, und wenn er sie aus Gründen leugnet, die ihn auch als Beklagten zum Beweis verpflichten würden[k]).

Kläger ist der selbst oder durch einen Anderen Leistende[l]), Beklagter der Empfänger oder der den Empfang durch einen Anderen ratihabirt hat[m]). Gegenstand der Klage ist, was der Beklagte von der indebiti solutio hat[n]), dieß enthält eine Erweiterung durch Accessionen,

Zeitschr. für Civilr. und Proc. N. F. III. 3 (1846) u. A.], oder endlich als Voraussetzung [§. 63] gefaßt wird [Erxleben, die condictiones sine causa (1849) S. 25—38, 53—61, Windscheid, Voraussetzung (1850) S. 20. 207]. Es versteht sich, daß neben dieser Selbstbeschränkung der Irrthum nur den Sinn haben kann, daß ohne ihn dem Leistenden nicht geglaubt würde, er habe nur unter einer Voraussetzung gewollt [z. B. Windscheid a. a. O. S. 5]. Noch untergeordneter ist die Qualität des Irrthums: entschuldbar muß er blos deshalb seyn, weil der Leistende den Empfänger an die Erfüllung der Voraussetzung glauben gemacht hat [Windscheid S. 266]. — Nun findet sich aber gerade in den entscheidendsten Stellen des R. R. auch die von Savigny und Anderen [z. B. Böcking, Inst. §. 87, Sintenis, Civilr. II. S. 520 f., s. auch oben §. 57] vertretene Auffassung der condictio indebiti als einer Civilrestitution gegen die solutio, und von diesem Standpunkt aus muß gefordert werden, das der Irrthum ein probabler sey. Die Praxis schwankt natürlich gleich der Doctrin. Seuffert's Archiv VI. 206. 207, VII. 51, XV. 105. — IV. 187, V. 291, VII. 322, XIII. 254. 255. R.)

k) L. 25 D. de probat. (22, 3). (Röder, Abh. [1833] 2, Bensey, Zeitschr. für Civilr. XIV. 7, Windscheid, Voraussetzung [1850] S. 199—202, Römer, Beweislast hinsichtlich des Irrthums [1852], die jedoch den Beweis des Irrthums fordern. Bähr, Anerkennung S. 75. 141. 252, Witte S. 161 f., Vangerow III. §. 625. — Die Interpolation der L. 25 ist übrigens augenscheinlich: pr. bis §. 3 enthalten eine fehlerhafte Anwendung des Satzes negantis nulla probatio, wegen §. 4 vgl. §. 257 h. R.)

l) L. 5. 6 pr. 57 D. de cond. ind. (12, 6), L. 6 C. eod. (4, 5).

m) L. 49 D. eod.: His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit. L. 6 §. 1. 2 eod., L. 14 D. de cond. causa d. (11, 4). Von einem Empfänger, der sich nicht verpflichten kann, L. 66 D. de solut. (46, 3).

n) Indebiti soluti condictio naturalis est, L. 15 pr. D. de cond. indeb. (12, 6) L. 7 eod., L. 25 D. de praescr. verb. (19, 5): Si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum praescriptis verbis agere, sicuti si penulas dedisset, ut tunicas acciperet. Nec esse hoc contrarium, quod

Früchte, sonstigen Gewinn[o]), aber auch wenn der Empfänger in bona fide ist, eine Beschränkung des Gegenstands[p]).

Condictio ob turpem causam.

§. 310.

Was um eines künftigen Erfolgs willen gegeben ist, kann, der Erfolg mag eingetreten seyn oder nicht, zurückgefordert werden, wenn der Empfänger es ob turpem causam, gegen die guten Sitten, erhalten hat[a]). Die Zurückforderung aber fällt weg, wenn das Geben selbst eine Unsittlichkeit war[b]).

---

si per errorem operae indebitae datae sunt, ipsae repeti non possunt. nam aliud dando, ut aliud reddatur, obligari iure gentium possumus. Quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantundem ex eodem genere, quorum neutro modo operae repeti possunt (Marcian.). L. 26 §. 12 D. de cond. indeb.: Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit; condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus libro X digestorum scripsit, natura enim operas patrono libertus debet. Sed et si non operae patrono sunt solutae, sed cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia et solvit, repetere non potest. Sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere? Et Celsus libro VI digestorum putat, eam esse causam operarum, ut non sint eaedem, neque eiusdem hominis, neque eidem exhibentur. nam plerumque robur hominis, aetas temporis, opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quid reddere potest. Sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem, et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus, ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico, vel hominem indebitum et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes, vel meis sumtibus pretiosiorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? Sic et in proposito, ait, posse condici quanti operas essem conducturus. Sed si delegatus sit a patrono officiales operas, apud Marcellum libro XX digestorum quaeritur. et dicit Marcellus, non teneri eum, nisi forte in artificio sint; hae enim iubente patrono et alii edendae sunt. Sed si solverit officiales delegatus, non potest condicere, neque ei cui solvit, creditori cui alterius contemplatione solutum est, quique suum recepit, neque patrono, quia natura ei debentur (Ulp.) (Bestritten: Erxleben S. 182 f., Brinz I. S. 404 f., Witte S. 139—154, Voigt S. 319 f. Dagegen Vangerow III. §. 625 Anm. 3, Arndts §. 341 Anm. 9. R.)

o) L. 15. 65 §. 5 eod.

p) L. 65 §. 7. 8 eod., L. 37 eod., L. 18 D. de cond. furt. (13, 1), L. 14 D. de cond. causa d. (12, 4).

a) L. 1. 2. 9 D. de cond. ob turp. c. (12, 5), L. 3. 4. 6. 7 C. eod. (4, 7).

b) L. 3. 4. 8 D., L. 2. 5 C. eod., L. 2 §. 2 D. eod.: Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret, est quidem relatum condictioni (Seuffert's Archiv I. 195. 196, II. 19, III. 20, IV. 231, VIII. 25. 119, XIII. 14, XVI. 124, XVI. 100. Eine doli exceptio gegen die noch unerfüllte Leistung steht

Condictio ob iniustam causam.

§. 311.

Was an jemanden durch eine unerlaubte Handlung, die er begangen hat, gekommen ist, kann von dem, der es an ihn verloren hat, zurückgefordert werden, welches Delict es auch seyn möge, wodurch jenes Resultat herbeigeführt worden ist[a]). Die Condictio setzt aber auch hier eine Vermögensveränderung voraus (§. 307), mit Ausnahme des Falls, der von den übrigen Fällen der condictio ob iniustam causam eben deshalb durch den besonderen Namen der condictio furtiva ausgeschieden wird[b]). Diese condictio ex furtiva causa hat der Eigenthümer, welcher bestohlen worden ist[c]), gegen den Dieb[d]), auf die Sache mit ihren Früchten und Accessionen oder den Werth und das volle Interesse[e]), ohne Rücksicht auf ihre gegenwärtige Existenz bey dem Beklagten[f]). Gelangen des Besitzes der gestohlenen Sache an den Klagberechtigten, Anbieten der Sache durch den Beklagten und Novation heben die Condictio auf[g]).

---

dem Beklagten selbst bey eigener turpitudo zu, obgleich die Rückforderung wegfallen würde. L. 8 D., L. 1 C. h. t., L. 134 pr. D. de V. O. [45, 1]. R.) locum esse, sed hic quoque crimen contrahit, indicem enim corrumpere videtur, et non ita pridem imperator noster constituit litem eum perdere. Anders, wenn etwas evitandi tyrocinii causa gegeben ist, L. 3 C. eod.

a) L. 6 D. de cond. ob t. vel ini. c. (12, 5): Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est. L. 7 eod.: Ex ea stipulatione, quae ver vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat. L. 25 §. 1 D. de furt. (47, 2), L. 3 C. de cond. ex lege (4, 9). (Weitere und engere Bedeutung: Witte S. 43, Keller §. 302. 303, Vogt S. 244. 549. 622. 626—631, Witte in Schletter's Jahrb. X. S. 22 f. R.)

b) L. 12 in f. D. usufr. qu. cav. (7, 9): — — et proditum est, neminem rem suam nisi furi condicere posse. §. 14 I. de action. (4, 6).

c) L. 1 D. de cond. furt. (13, 1): In furtiva re soli domino condictio competit. L. 10 §. 2 eod.: Tamdiu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat, et ideo, si eam rem alienaverit, condicere non poterit. L. 10 §. 3, L. 11 eod., L. 14 §. 16 D. de furt. (47, 2). Ueber den Fall der Besitzentwendung L. 12 §. 2 D. de cond. furt.

d) L. 5 eod.: Ex furtiva causa filiofam. condici potest, nunquam enim ea condictione alius, qnam qui fecit, tenetur, aut heres eius. L. 6 eod.: Proinde etsi ope consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur; etsi furti teneatur. L. 7 §. 2, L. 10 pr. §. 1 eod., L. 1 C. eod. (4, 8).

e) L. 3. 7. 8. 13 D. eod.

f) L. 8 §. 1, L. 16. 20 D., L. 2 C. eod.

g) L. 10 pr. 14 §. 2 D. eod., L. 17 eod.: Parvi refert ad tollendum condictionem, offeratur servus furtivus, an in aliud nomen aliumque statum obli-

Condictio sine causa *).

§. 312.

Condicirt kann werden, was ohne allen Grund aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten gekommen ist. Die Grundlosigkeit kann von Anfang an bestanden haben, dahin gehört das um eines rechtlich unmöglichen Erfolges willen [a]) oder vermöge eines ungültigen Geschäfts Gegebene [b]), die theilweise Leistung, wo sie nicht eine theilweise Tilgung der Obligatio zur Folge hat (§. 222 Note d), das Versprechen ohne materielle causa debendi (§. 257), der Schuldschein, der ohne erfolgte numeratio ausgestellt ist (§. 305 Note i), das, was zum Zweck der Verpflichtung einer Person gegeben worden ist, die nicht durch den Contract, wohl aber, soweit sie bereichert ist, verpflichtet wird [c]), der Werth, um den jemand durch eine von einer Handlung des vorigen Eigenthümers unabhängige Eigenthumserwerbung auf dessen Kosten bereichert worden ist [d]). Die Klage findet aber auch Statt, wenn der Grund nachher weggefallen ist, wie wenn jemand für eine abhanden gekommene Sache entschädigt worden ist und sie nachher wieder erhalten hat [e]), wegen eines Schuldscheins nach eingetretener Tilgung der Forderung [f]), wegen der Arrha nach Vollziehung des Geschäfts, zu dessen Bestärkung sie gegeben ist [g]). Diese Condictio beschränkt sich vermöge ihres Grundes auf das, was der Beklagte hat; das, was er sine causa hat, aber auch blos dieses kann ihm in diesen Fällen abgefordert werden.

---

gationis transferatur. Nec me movet, praesens homo fuerit necne, cum mora, quae eveniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

*) (Reinhard, zur Lehre von der condictio sine causa, Archiv für civ. Pr. XXIV. 7 [1846]. Kiesselbach in den Jahrb. für Dogm. V. 1. R.)

a) L. 5 D. de cond. sine causa (12, 7).

b) L. 65 §. 3 D. de cond. indeb. (12, 6), L. 6 D. de don. inter vir. (24, 1), L. 21 in f. D. de donat. (39, 5), vgl. Fragm. vat. 266, §. 2 I. quib. alien. lic. (2, 8), L. 18 C. de usur.)4, 32), vgl. §. 309 Note c.

c) L. 34 pr. D. de minor. (4, 4).

d) L. 23 D. de reb. cred. (§. 272 Note d), L. 1 C. de reb. al. non alien. (4, 51), vgl. Jhering, Abhandl. S. 78 ff. — S. auch noch die Fälle in L. 24 §. 1, L. 30 pr. D. de A. E. V. (19, 1). (Mit Unrecht wird daher die Condiction von Reinhard [a. a. O. S. 249] auf den Mangel der donationis causa beschränkt. R.)

e) L. 2 eod., vgl. L. 13 pr. 17 §. 5 D. commod. (13, 6).

f) L. 2 C. de cond. ex lege (4, 9).

g) L. 11 §. 6 D. de A. E. V. (19, 1).

3. Aestimatorischer Contract [a]).

§. 313.

Wenn eine Sache ästimirt gegeben wird, damit der Empfänger sie verkaufe, so ist dem Geber, welches auch die besondere Natur des Geschäfts sey, die aestimatoria actio praescriptis verbis gegeben, auf welche der Richter in jedem einzelnen Fall zu untersuchen hat, welchen besonderen Inhalt das Geschäft habe und nach welchen Grundsätzen es daher zu beurtheilen sey [b]). Es kann die Natur eines Mandats oder einer Dienstmiethe haben, ist es aber der eigentliche Trödelvertrag, wobey der Empfänger sich verpflichtet, die Sache oder die Aestimation zurückzubringen, so trägt er die Gefahr des Zufalls [c]), und dieß ist anzunehmen, wenn der Anstoß zu dem Geschäft von ihm ausgegangen ist [d]). Da in diesem Fall auch das Eigenthum auf ihn übergeht [e]), so

---

a) Dig. XIX. 3: de aestimatoria. (Chambon, Beitr. zum Obl.-Recht. Erster Band [1851] S. 3 ff. Vgl. über diese Schrift: Brinz, krit. Blätter, Nr. 1, 1852, Merkel im Rechtsler. XI. S. 535—544. R.)

b) L. 1 pr. eod.: Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi. Quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem. Est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. Vgl. L. 13 pr. D. de praescr. verb. (19, 5).

c) L. 1 §. 1 D. h. t. (19, 3): Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit; aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit. L. 5 §. 3 D. commod. (13, 6): Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.

d) L. 11 pr. D. de reb. cred. (12, 1): Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego cum non haberem, lanam tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris, si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. Mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam; quodsi non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse, et maxime, si sine usuris credidi. L. 17 §. 1 D. de praescr. verb. (19, 5): Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter

schließt sich diese Obligatio ihrer Begründung nach zunächst an die bisher behandelten Fälle an.

4. Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum [a]).

§. 314.

Schiffer, welche Reisende mit ihren Sachen aufnehmen [b]), ebenso Wirthe unter derselben Voraussetzung und überhaupt Personen, welche Fremden Wohnung gewerbsmäßig geben [c]), haften den Aufgenommenen auf Restitution dieser Sachen, wofern nicht eine von außen kommende vis maior [d]), oder die eigene Schuld des Aufgenommenen den Verlust verursacht, oder ein Vertrag sie von der Haftung befreit hat [e]). Die Anwendung auf Landfuhrwerk ist zulässig, soweit es als Gewerbe zur Beförderung von Personen betrieben wird; auf Staatsanstalten dieses Zwecks kann es nicht bezogen werden [f]).

---

nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis. (Bestritten: vgl. Sintenis, Civilrecht §. 117 Note 3. R.)

e) L. 3 D. locati (19, 2): Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur. (Bestritten s. Glück, Comment. XVIII. S. 67 ff. (Chambon a. a. O. S. 91 ff. R).

a) Dig. IV. 9: nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant. L. 1 pr. eod.: Ait praetor: nautae, caupones, stabularii, quod cuiuscunque salvum fore receperint, nisi restituent in eos iudicium dabo. (Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsrecht IV. 3. 6, Harder in Linde's Zeitschr. N. F. XVIII. 14. R.)

b) L. 1 §. 2—4. 6—8, L. 3 pr. eod.

c) L. 1 §. 5, L. 2. 3 §. 2 eod. Vgl. L. 6 §. 3 eod.: In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt, hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur veluti viator. Die Aeußerung der L. 1 §. 1 eod.: — nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant — und der L. un. §. 6 D. furti adv. naut. (47, 5): — nec repellere potest iter agentes — hat die Frage über die Pflicht der Wirthe zur Aufnahme angeregt, worüber die Meinungen verschieden sind, s. Guyet, Archiv für civ. Pr. XVII. 2, 2. Die richtige Erklärung der zweiten Stelle (von einem factischen, nicht juristischen posse) hat gegeben Huschke, tüb. krit. Zeitschr. III. S. 22 ff. (Mabai in Linde's Zeitschr. XVIII. 12, Kuntze in Schletter's Jahrb. VII. S. 355, Vangerow III. §. 648 Anm. 1, Arndts, Pand. §: 289 Anm. 3: „die Frage ist zunächst eine gewerbspolizeiliche." R.)

d) L. 3 §. 1 D. h. t. (4, 9).

e) L. 7 pr. eod. (Die Stelle beschränkt sich aber nach der Inscription auf die A. in factum wegen Beschädigungen: auf Entwendungen bezieht sie sich nicht. R.)

f) Die Meinungen darüber sind verschieden, vgl. Glück, Commentar VI. §. 493, Ch. F. Müller, über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die heutigen Postanstalten 1835.

5. Dienstleistung.

§. 315.

Wer einem Anderen Dienste geleistet hat, ohne daß ihm eine Remuneration dafür versprochen worden ist, hat an sich keine Forderung auf eine solche. Wenn sich indessen jemand Dienste, bey denen eine Bezahlung gewöhnlich ist, von Personen, die sie gegen Vergeltung zu leisten pflegen, hat leisten lassen, so kann er auch ohne vorhergehende Zusage auf die übliche oder gesetzliche Vergeltung belangt werden[a]). Dieß gilt von den Diensten der Professionisten, Aerzte, Hebammen, Lehrer, Advocaten, Respondenten rc., insbesondere auch von denen des Mäklers (proxeneta), der den Mäklerlohn (proxeneticum) für die Vermittelung eines Geschäfts zwischen anderen Personen von dem, der ihn dazu aufgefordert hat, fordern kann[b]).

Ein Dienst besonderer Art ist die Beförderung und Empfehlung (suffragium) eines Bittgesuchs. Eine Vergeltung dafür setzt ein vertragsmäßiges Versprechen voraus, außerdem aber noch die wirkliche Erreichung des Gebetenen[c]).

6. Alimentationspflicht.

§. 316.

Zur Alimentation einer Person kann jemand verpflichtet seyn durch Vertrag, durch Vermächtniß, durch Delict[a]), endlich durch Verwandtschaft[b]). Diese verwandtschaftliche Verbindlichkeit, welche die Alimentationsbedürftigkeit, d. h. die Entbehrung eigner Hülfe entweder wegen jugendlichen Alters oder Mangel an Vermögen und Arbeitsfähigkeit voraussetzt[c]), haben der Vater und die väterlichen, sodann die Mutter und die mütterlichen Ascendenten gegen die Kinder (natürlich die An-

---

a) L. 22 D. de praescr. verb. (19, 5), L. 1. 4 D. de extraord. cogn. (50, 13). (Andere Personen können nur ihre Auslagen, unter Umständen auch eine Vergeltung (honorarium), ein Jahrgehalt (salarium) aber nur aus einem bestimmten Versprechen fordern, L. 56 §. 3 D. mand. (17, 1), L. 1. 17 C. eod. Schäffer, Zeitschrift für Civilr. und Pr. N. F. 7, 1 [1850] S. 9 f. R.)

b) Dig. L. 14: de proxeneticis.

c) L. un C. de suffragio (4, 3).

a) L. ult. D. de his qui effud. (9, 3).

b) Dig. XXV. 3: de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis. Cod. V. 25: de alendis liberis ac parentibus.

c) L. 5 §. 7. L. ult. D. de agnosc. lib. (25, 3), L. 8 §. 5 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

erkennung des Kindesverhältnisses im Recht vorausgesetzt)[d]), und in demselben Verhältniß die Kinder gegen jene[e]), soweit das Vermögen des Verpflichteten es zuläßt[f]), und sofern nicht dem Berechtigten entgegensteht, daß er durch sein sonstiges Verhalten die verwandtschaftliche Verbindung mit dem Verpflichteten gröblich verletzt habe[g]). Geschwister haben diese Verbindlichkeit nicht[h]). Die auf Gewohnheitsrecht beruhende Verbindlichkeit des unehelichen Vaters ist, abgesehen von dem Fall einer freiwilligen Anerkennung (Note d), nicht von der Verwandtschaft, sondern von dem Delict abzuleiten, und darnach zu beurtheilen[i]). Der Umfang der Leistung bestimmt sich, soweit er nicht

---

d) L. 5 §. 1—5, L. 8 D. de agnosc. lib. (25, 3), Nov. 117 c. 7. Von Concubinenkindern, was auf alle von dem Vater wirklich anerkannten unehelichen Kinder anzuwenden ist, s. Nov. 89 c. 12 §. 4. 6. Von ex damnato coitu Erzeugten Nov. 89 c. 15, modificirt durch c. 5 X. de eo qui duxit in matr. (4, 7).

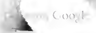
e) L. 5 pr. §. 1. 2. 15. 15. 16 D. de agnosc. lib. (25, 3), L. 1 C. de alend. lib. (5, 25).

f) L. 2—4 C. eod., c. 5 X. de eo qui duxit in matr. (4, 7).

g) L. 5 §. 11. 23 D. de agn. lib. (25, 3). Gegen die Ansicht, daß dieß auf die Enterbungsgründe der Nov. 115 einzuschränken sey, s. Puggé, Rhein. Museum III. S. 559 ff.

h) Controvers; für die Alimentationspflicht der Geschwister z. B. Thibaut, Versuche I. 12, dagegen z. B. Müller, Archiv für civ. Prax. XIII. 13, vgl. auch Glück, Comment. XXVIII. §. 1290 a. b. Jene Meinung gründet sich vornehmlich auf L. 12 §. 3, L. 13 §. 2 D. de adm. tut. (26, 7), L. 4 D. ubi pnp. (27, 2), L. 1 §. 2 D. de tut. act. (27, 3): — non valere donationem, et plerumque ita est. Sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad deminuendum decreto scilicet interveniente, veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit. Nam cum bonae fidei iudicinm sit, nemo feret, inquit, aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coninnctae personae alitae sint. Quinimo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit. Diese Stellen enthalten nichts davon, die letzte vielmehr das Gegentheil.

i) Die Anknüpfung an die Note d cit. Stelle des canonischen Rechts, die ein vom Vater anerkanntes Kindesverhältniß voraussetzt, ist ohne Grund. Viele sprechen von einer Pflicht der Anerkennung durch den unehelichen Vater (s. z. B. Mackeldey, Lehrbuch §. 541), die gar nicht existirt. Gegen die Gründung der Pflicht auf Verwandtschaft (z. B. Heerwart, Archiv für civ. Pr. XIV. 18, XVII. 3, Zeitschr. für Civilr. XVII. 9, v. Preuschen, Zeitschr. für Civilr. und Proc. Neue Folge IV. 4 [1847]. R.), s. Kämmerer, Themis II. 8, Schröter, Zeitschr. für Civilr. V. 21, Gett, die Rechtsverh. aus der unehel. Geschlechtsgemeinschaft 1836 S. 90 ff. (und dessen Ausführungen zur Lehre über die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der außerehelichen Kinder, so wie der Deflorationsentschädigung I. Bd. 1. Heft [1850], 2. Heft [1851]. R.), Busch, Archiv für civ. Pr. XXIII. 7, Ackermann, Zeitschr. für Rechtspfl. ꝛc. im Königr. Sachsen 1841 S. 509, Schömann, Zeitschr. für Civilr. und Proc. Neue Folge I. 4, (v. Holzschuher, Theorie und Casuistik I. S. 429—446. R.). Aus dem aufgestellten Princip beantworten sich



durch Geschäft oder rechtliche Vorschrift festgesetzt ist, durch den Begriff der Alimente[k]), das dadurch zu deckende Bedürfniß, und (bey der verwandtschaftlichen Pflicht) nach dem Vermögen des Verpflichteten[l]).

7. Dotationspflicht.

§. 317.

Zur Dotation einer Frau kann jemand verpflichtet seyn durch Vertrag, durch Vermächtniß, durch Delict[a]), durch Verwandtschaft. Aus dem letztern Grund sind verpflichtet der Vater und die väterlichen Ascendenten[b]), im Nothfall auch die Mutter[c]), nicht die Geschwister[d]). Die Größe bestimmt sich nach dem Vermögen des Verpflichteten und dem Stand des Ehegatten durch billiges Ermessen[e]); die verwandtschaftliche Pflicht ist wie die zur Alimentation auf das Bedürfniß beschränkt, sie wiederholt sich aber auch mit diesem[f]). Der Anspruch auf Dotation steht der Frau zu (ein Anspruch des Manns würde eine wirkliche Bestellung der Dos in sich schließen), und auch daraus ergiebt

mit Sicherheit die Streitfragen: ob die exceptio plurium constupratorum befreie? ob die Ascendenten des Vaters haften? ob der uneheliche Vater das Recht der Erziehung habe? (Vgl. Puchta, Vorlesungen ed. 4 S. 182 Anm. 1. R.)

k) L. 5 §. 12 D. de agn. lib. (25, 3), L. 3 §. 2. 5, L. 4 D. ubi pup. (27, 2), L. 6. 23 D. de alim. leg. (34, 1), L. 1 §. 19 D. de ventre in poss. (37, 9), L. 6 §. 5 D. de Carb. ed. (37, 10), L. 43. 44. 234 §. 2 de V. S. (50, 16). Walther, Bedeutung und Umfang des Worts alimenta nach heut. R. R., Zeitschr. f. Civilr. und Pr. XX. 8 (1844).

l) L. 5 §. 7. 10. 25. 26 D. de agn. lib. (25, 3).

a) Der Verführer ist nach canonischem Recht ad ducendam et dotandam, cap. 1 X. de adult. (5, 16), nach der Praxis nur ad ducendam vel dotandam verpflichtet. (Vgl. z. B. J. Schüßler, die Paternitäts-, Alimenten- und Satisfactionsklagen [1835] 2. Ausg. [1848], Gett, Ausführungen §. 316 i [1850. 1851], Arnold, über Alimentations- und Deflorationsklagen 1851. R.)

b) L. 7 C. de dotis prom. (5, 11), L. 19 D. de ritu nupt. (23, 2), Hasse, Güterrecht der Ehegatten S. 351.

c) L. 14 C. de iure dot. (5, 12): Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa —. Der speciell bestimmte Fall der L. 19 §. 1 C. de haeret. (1, 5) ist unanwendbar.

d) L. 13 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7), L. 12 §. 3 eod.: — Sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non poterit, nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est. Man hat daraus durch ein argumentum a contrario eine Pflicht des frater consanguineus entnehmen wollen, aber durch den Zusatz alio patre natae will der Jurist nur erklären, wie es kommen mag, daß der Bruder reich, die Schwester arm ist.

e) Vgl. L. 60. 69 §. 4. 5 D. de iure dot. (23, 3), L. 43 D. de leg. III. (32).

f) Aber es besteht keine Pflicht zur Redotation, d. h. zur Wiederholung der Dotation für dieselbe Ehe. Bestritten, s. Glück, Comment. XXV. S. 78 ff.

sich, daß die Frau nicht selbst zu den dotationspflichtigen Personen gehören kann; eine Pflicht der Frau, sich zu dotiren, ist eine Absurdität[g]).

8. Beerdigungspflicht[a]).

§. 318.

Die Kosten der Beerdigung zu tragen, ist 1) der verpflichtet, dem mit dieser Bestimmung etwas hinterlassen worden ist[b]), sodann 2) der Erbe, so aber, daß sich durch die Begräbnißkosten die Erbschaft selbst mindert[c]); 3) bey einer Ehefrau neben dem Erben auch der, an welchen ihre Dos kommt, die sich dadurch mindert, beide nach Verhältniß der Größe der Dos und Erbschaft[d]); 4) der die väterliche Gewalt über den Verstorbenen hatte[e]), endlich 5) in subsidium der Ehemann, soweit er es ohne Schmälerung seines Lebensunterhalts leisten kann[f]). Die Größe der Kosten richtet sich nach dem Stand und Vermögen des Verstorbenen[g]), wo sie aber nicht von seinem Vermögen bestritten werden (4, 5), nach dem des Verpflichteten[h]). Die Beerdigungskosten begreifen das, was auf die Bestattung des Leichnams verwendet wird[i]). Der Gläubiger bey dieser Obligatio ist, wer die Beerdigung besorgt hat, ohne dazu verpflichtet zu seyn; er hat gegen den Verpflichteten die funeraria actio auf Ersatz, und diese Klage ist weder durch ein Verbot des Verpflichteten ausgeschlossen, wofern der Kläger eine iusta causa für seine Besorgung der Beerdigung auch gegen dieses Verbot

g) Wenn also L. 32 §. 2 D. de cond. indeb. (12, 6) oder L. un. §. 1 C. de raptu virg. (9, 13) eine Verbindlichkeit der Frau, dem Mann eine Dos zu geben, festsetzten, was sie nicht thun, so würde dies eine gesetzliche Dos, nicht eine gesetzliche Dotationspflicht seyn, was nicht blos die Vertheidiger einer solchen (allgemeinen oder exceptionellen) Dotationspflicht, sondern auch ihre Bestreiter zu übersehen pflegen. (Eine Verpflichtung zur Redotation, d. h. zur Erneuerung der Dos für dieselbe Ehe (§. 419 e) besteht bey zufälligem Untergang überall nicht; im Fall der Eviction sollte man nicht von einer Redotation sprechen, weil durch Leistung einer fremden Sache die Dotationspflicht noch nicht erfüllt war: der Anspruch auf die Erfüllung steht natürlich nur der Frau zu. Vangerow §. 216 Anm. 2. R.)

a) Dig. XI. 7. Cod. III. 44: de religiosis et sumtibus funerum. (C. Dietzel, de actione funeraria commentatio 1853. Walther, über Leichenbestattungskosten nach heut. R. R. in Linde's Zeitschr. N. F. XVII. 13. R.)

b) L. 12 §. 4 D. h. t.

c) L. 12 §. 4, L. 14 §. 1. 17 D. eod., L. 1 §. ult. D. ad L. Falc. (35, 2).

d) L. 16—20; 22—27. 29. 30 D. h. t. (11, 7).

e) L. 21. 28 eod.

f) L. 28 eod.

g) L. 12 §. 5, L. 14 §. 6 eod.

h) L. 21. 28 eod.

i) L. 14 §. 3—5, L. 37 eod.

anführen kann, noch steht ihr entgegen, daß der Kläger in der Meinung selbst verpflichtet zu seyn handelte, nur die Absicht schenkungsweise die Kosten herzugeben, schließt die Forderung aus[k]).

B. Einseitige Obligationen mit actiones contrariae.

1. Commodat[a]).

§. 319.

Der Leihcontract wird geschlossen durch Ueberlieferung einer Sache zu natürlichem Besitz für einen von dem Empfänger zu machenden unentgeltlichen Gebrauch[b]). Der Commodatar erhält das Recht, den ihm verwilligten Gebrauch zu machen, diese Berechtigung, welche die Zurückforderung der reinen Willkür des Gebers entnimmt, unterscheidet das Commodat vom Precarium[c]). Der Commodant hat die actio commodati auf Restitution, dem Commodatar wird sie als contraria wegen außerordentlicher Weise nöthig gewordener Verwendungen auf die Sache gegeben[d]); in beyden Fällen geht die Klage überdieß auf Prästation der Culpa nach den allgemeinen Grundsätzen (§. 267)[e]).

2. Pfandcontract[a]).

§. 320.

Der Pfandcontract wird geschlossen durch Ueberlieferung einer Sache zu Faustpfand. Der Empfänger contrahirt dadurch, unabhängig von der Entstehung des Pfandrechts[b]), die Verbindlichkeit zur Resti-

---

k) L 14 §. 6—16 eod.

a) Dig. XIII. 6: commodati vel contra. Cod. IV. 23: de commodato. (Schmidt, das Commodatum und Precarium 1841, vgl. Richter's Jahrb. VI. S. 769—793. R.)

b) Bewegliche und unbewegliche Sachen, L. 1 §. 1 D. h. t., L. 17 pr. D. de praescr. verb. (19, 5). Keine Uebertragung des Eigenthums oder juristischen Besitzes, L. 8. 9. 15. 16 D. h. t. Kein Gebrauch, welcher die Rückgabe derselben Species hindert, L. 3 §. 6, L. 4 eod.

c) L. 17 §. 3 eod.: — modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque, geritur enim negotium invicem —. Vgl. auch C. G. Schmidt, das comm. und prec. 1841 S. 157 ff. (Bulling, das Precarium 1846. R.)

d) L. 18 §. 2. 4 eod.

e) L. 3 §. 1, L. 5 §. 2. 3. 10, L. 10 pr. 17 §. 3, L. 18 pr. §. 3, L. 23 eod.

a) Dig. XIII. 7. Cod. IV. 24: de pigneraticia actione vel contra.

b) L. 9 §. 4, L. 11 §. 2 D. h. t.

tution der Sache mit Früchten und Accessionen[c]) und Prästation jeder Culpa[d]), worauf dem Geber die pigneraticia actio nach Beendigung des Pfandrechts zusteht[e]). Der Empfänger hat die Klage als contraria wegen Verwendungen[f]) und wegen Benachtheiligung durch Schuld des Pfandgebers[g]). Aus dem pactum hypothecae entsteht keine Obligatio, ist aber der Gläubiger vermöge seiner Hypothek nachher in den Besitz gekommen, so hat der Verpfänder gegen ihn eine utilis pigneraticia actio[h]).

Ein Pfandcontract ist auch die ἀντίχρησις, wodurch dem Gläubiger für die Benutzung des geschuldeten Gegenstands durch den Schuldner die Benutzung einer Sache überlassen wird, mit Ueberlieferung des juristischen oder auch blos des natürlichen Besitzes der Sache[i]).

3. Depositum[a]).

§. 321.

Der Hinterlegungscontract wird durch Ueberlieferung einer beweglichen Sache zur unentgeltlichen Aufbewahrung geschlossen[b]). Der Deponent braucht nicht Eigenthümer zu seyn[c]), der Depositar darf es nicht seyn[d]). Auch durch den Contract wird er es nicht, doch ist es möglich, daß fungible Sachen dergestalt deponirt werden, daß sie nicht in specie, sondern in genere restituirt werden sollen (irreguläres Depositum); hier geht Eigenthum und Gefahr auf den Depositar über,

---

c) L. 22 pr. §. 2, L. 40 §. 2 eod., L. 1—3 C. eod. S. g. antichresis tacita, L. 8. D. in qu. caus. pign. (20, 2): Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. (Dagegen zuletzt: Stephan, Archiv für civ. Pr. XXX. 13 [1847]. R.)

d) L. 13 §. 1 D. h. t. (13, 7).

e) L. 9 §. 3—5, L. 10. 11 eod. Wegen L. 10. 12 C. eod. (4, 24) haben Einige geglaubt, die Klage sey unverjährbar, vgl. Glück, Comment. XVI. S. 169.

f) L. 8 pr. §. 1, L. 22 §. 4, L. 25 D. h. t. (13, 7).

g) L. 16 §. 1, L. 31 eod.

h) L. 34 D. de damno inf. (39, 2), L. 27 D. de pign. (20, 1).

i) L. 33 D. h. t. (13, 7), L. 11 §. 1 D. de pign. (20, 1): Si ἀντίχρησις (id est mutuus pignoris usus pro credito) facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque, itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti (Marcian. libro sing. ad formulam hypothecariam).

a) Dig. XVI. 3. Cod. IV. 34: depositi vel contra.

b) L. 1 pr. §. 8—10 D. h. t.

c) L. 1 §. 39 eod.

d) L. 15. 31 §. 1 eod., L. 45 pr. D. de R. I. (50, 17).

sonst aber wird das Geschäft der Intention der Contrahenten gemäß wie ein Depositum behandelt[e]). Werden aber fungible Sachen regulär deponirt, und nachher oder auch schon im Voraus dem Depositar der Gebrauch der Sachen gestattet, so geht, dort durch die acceptirte Erlaubniß, hier durch den wirklichen Gebrauch, das bisherige Depositum in ein Darlehen über[f]).

Der Depositar verpflichtet sich, die Sache in seinem Gewahrsam stehen zu lassen, durch weitere Obliegenheiten, die er übernimmt, wird der Vertrag zum Mandat[g]). Damit hängt zusammen, daß die Accessionen der Sache nicht schon stillschweigend als mitdeponirt zu betrachten sind[h]), wohl aber bey einer versiegelten Kiste auch der Inhalt[i]). Der Deponent hat die depositi actio auf Restitution und Prästation von dolus und culpa lata[k]), oder wenn der Depositar ohne solches Verschulden weiter deponirt hat, auf Prästation der Klage[l]), der Erbe des Depositars, der die Sache bona fide veräußert hat, haftet nur auf den dafür erhaltenen Preis[m]). Bey einem Depositum im Fall gemeiner Noth: Tumult, Feuersbrunst, Einsturz, Schiffbruch (s. g. depositum miserabile), geht die Klage wegen Dolus auf das Doppelte[n]). Mehrere Depositarien (nicht mehrere Erben eines Depositars) haften in solidum, jeder ist vollständig Depositar[o]). Mehrere Deponenten haben die Forderung an sich nur pro parte[p]). Die Forderung kann zu jeder

e) L. 24. 25 §. 1, L. 26 §. 1 D. h. t. (16, 3). L. 31 D. locati (19, 2). (Dagegen Brinz, Pandekten I. S. 440. Vgl. A. C. J. Schmidt, über das depositum irregulare: Archiv für civ. Pr. XXX. 3 [1847]. R.)

f) L. 9 §. 9, L. 10 D. de reb. cred. (12, 1), L. 34 pr. D. mand. (17, 1). Ueber L. 29 §. 1 D. h. t. vgl. Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. [1846] II. 6. 3. R.)

g) L. 1 §. 9 D. h. t. (16, 3), L. 1 §. 12. 13 eod.: Quod si rem tibi dedi, ut si Titius rem non recipisset, tu custodires, nec eam recipit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit? Et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem. Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis? Et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.

h) L. 1 §. 5 eod.

i) L. 1 §. 41 eod.

k) L. 1 §. 8 eod. Modificationen, L. 1 §. 6. 35 eod. Die Erben, L. 7 §. 1, L. 9. 10 eod., L. 1 §. 1 eod.

l) L. 16 eod.

m) L. 1 §. ult., L. 2—4 eod.

n) L. 1 §. 1—4, L. 18 eod.

o) L. 1 §. 43, L. 9. 10 eod.

p) L. 1 §. 46. 44, L. 17 pr. eod.

Zeit erhoben werden, denn der Depositar hat kein Recht auf den Besitz[q]), daher hat er auch wegen Gegenforderungen aus dem Contract nicht die exceptio doli[r]), wohl aber, wenn er restituirt hat, die contraria actio bey demselben Richter[s]).

§. 322.

Die Ueberlieferung eines Gegenstands an einen Dritten zur Verwahrung und Erhaltung kann als ein Mittel, streitige oder sonst noch nicht realisirbare Ansprüche daran zu sichern, gebraucht werden, sie heißt in diesem Fall Sequestration, und kann auf einer Uebereinkunft unter den Parteien[t]) oder auf einer richterlichen Verfügung beruhen[u]). Der Contract mit dem Sequester wird in der Regel Depositum, aber er kann auch Mandat, locatio et conductio seyn, und darnach richten sich die Pflichten des Sequesters[v]). Umgekehrt aber wird diese Obligatio auch durch den Zweck, zu dem sie eingegangen ist, modificirt. Die actio (depositi etc.) sequestraria auf Restitution findet 1) nur Statt, wenn die Bedingung der Sequestration eingetreten ist, oder die Sequestration durch Uebereinkunft aller Parteien oder richterliche Verfügung aufgehoben wird, 2) sie steht, wenn die Sequestration durch einen Rechtsstreit über das Object veranlaßt ist, dem Sieger in solidum zu[w]).

4. Mandatum[a]).

§. 323.

Das Mandat ist der Vertrag, wodurch jemand (mandatarius) die

q) L. 1 §. 22. 45. 46 eod., §. 6 I. de obl. ex. del. (4, 1).

r) L. 11 C. h. t. (4, 34). (Vgl. jedoch Seuffert §. 316 Note 16. R.) Streitfrage: ob nicht dennoch wegen nothwendiger Verwendungen? (Hugolinus §. 246 bei Haenel diss. dom. (1834) pag. 424. R.) Glück, Commentar XV. S. 199 ff. — Natürlich bezieht sich diese Beschränkung nicht auf Negationen, und eine solche ist auch die Behauptung des Depositars, Eigenthümer der deponirten Sache zu seyn (Note d). Nur hat freilich der Deponent als juristischer Besitzer die possessorischen Interdicte, womit er der Verzögerung der Restitution durch jenen Einwand begegnen kann.

s) L. 23 D. h. t. (16, 3).

t) L. 110 D. de V. S. (50, 16), L. 6. 17 D. h. t. (16, 3). (Vgl. Muther, Sequestration und Arrest nach R. R. [1856]. R.)

u) L. 22 §. 8 D. sol. matr. (24, 3), L. 3 §. 6 D. de lib. exhib. (43, 30).

v) L. 5 §. 2, L. 12 §. 2 D. h. t. (16, 3), L. 9 §. 3. D. de dolo (4, 3).

w) L. 17 pr. D. h. t. (16, 3); Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem nonnisi plures deponere possunt. Nam tum id fit, cum aliquia res in controversiam deducitur, itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse, quod aliter est, cum rem communem plures deponunt.

a) Inst. III. 26: de mandato. Dig. XVII. 1. Cod. IV. 35: mandati vel contra.

ihm von dem anderen Contrahenten aufgetragene Ausrichtung von Geschäften unentgeltlich[b]) übernimmt. Nur solche Geschäfte können Gegenstand des Mandats seyn, die erlaubt[c]), erst vorzunehmende sind[d]), und bey deren Ausrichtung noch eine andere Person als der Mandatar selbst ein Interesse hat, sey es der Mandant oder ein Dritter[e]). Damit hängt zusammen, daß der Gegenstand des Mandats zwar nicht blos speciell (Specialmandat), sondern auch generell bezeichnet werden kann, indem eine gewisse Gattung von Geschäften aufgetragen wird (Generalmandat), aber daß er nicht gänzlich unbestimmt gelassen seyn darf[f]). Das Mandat kann auch stillschweigend geschlossen werden[g]). Die Wirkung des Mandats ist theils die Constituirung des Repräsentationsverhältnisses mit seinen Folgen (§. 52. 53. 130. 131. 148. 273. 275. 278. 279. 280 ff.), in dieser Beziehung heißt das Mandat Vollmacht, theils eine Obligatio zwischen dem Mandanten und Mandatar, aus welcher jener die actio mandati directa, dieser die contraria hat. Blos diese Wirkung gehört hieher.

---

b) L. 1 §. 4, L. 6 pr. 7 D. h. t. (L. 1 C. h. t. Vgl. Sintenis, Civilrecht II. §. 113 Anm. 8. R.)

c) L. 6 §. 3, L. 22 §. 6 eod.

d) L. 12 §. 14 eod. (§. 404 Note d).

e) L. 2 pr. eod.: Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena. Quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. L. 2 §. 1—5 eod., L. 2 §. 6 eod.: — — cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur —. L. 6 §. 5 eod.: Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Vgl. L. 32 eod. — L. 6 §. 4 eod.: Si tibi mandavero, quod mea non intereret, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro VII digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus (Ulp.). L. 8 §. 6 eod.: Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius, qui mandavit, ceterum si nihil interest, cessat mandati actio; et eatenus competit, quatenus interest. ut puta mandavi tibi, ut fundum emeres, si interest mea emi teneberis, ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi ut negotia gereres, si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum (Ulp.).

f) L. 48 §. 2 eod.: Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum duntaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas.

g) L. 1 pr. §. 1. 2, L. 6 §. 2, L. 18 eod.

§. 324.

Die Verbindlichkeiten des Mandatars aus dem Mandat, die mit der directa mandati actio geltend gemacht werden, gehen 1) auf genaue und der Instruction gemäße Erfüllung des Auftrags. Ist keine oder keine vollständige Instruction ertheilt (incertum mandatum), so giebt sie der Vortheil des Mandanten[h]); 2) auf Restitution alles dessen, was durch die aufgetragenen Geschäfte an ihn gekommen ist, worüber er Rechnung zu legen hat; es ist ihm kein Gewinn von seiner Eigenschaft als Mandatar bestimmt[i]); 3) auf Prästation von omnis culpa[k]); für diese hat er auch bey Anstellung eines Substituten, wo ihm diese, wie es die Regel ist, zukommt, einzustehen, hat er bey der Anstellung nichts versehen, so beschränkt sich seine Haftung auf das, was ihm seine mandati actio gegen den Substituten zu gewähren vermag[l]). Die Substitution kann aber dem Mandatar untersagt seyn, und dann haftet er schlechthin für den Substituten, wie überhaupt für jeden Nachtheil, der durch die Substitution dem Dominus entsteht. Dieses Verbot kann auch stillschweigend in der Natur des Geschäfts liegen[m]). 4) Einer von mehreren Mandatarien haftet für das, was ihm aufgetragen ist, eben so wie sonst[n]).

Auf der anderen Seite ist der Mandant dem Mandatar verpflichtet 1) zum Ersatz des auf die Erfüllung des Auftrags gemachten Aufwands, nebst den Zinsen, die dem Mandatar durch diese Verwendung seines Geldes entgangen sind[o]); 2) zur Befreiung des Mandatars von den in dieser Eigenschaft übernommenen Verbindlichkeiten[p]); 3) zur Prästation von omnis culpa; der zufällige Schaden, der den Mandatar bey der Ausrichtung des Auftrags trifft, wird ihm nicht ersetzt[q]). Die actio mandati contraria wegen dieser Verbindlichkeiten hat der

h) L. 5. 46 D. h. t. (17, 1).

i) L. 8 §. 9. 10, L. 10 §. 2. 3. 8, L. 20 pr. eod., L. 46 §. 4 D. de procurat. (3, 3).

k) L. 13 C. h. t. (4, 35). (Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß V. [1848] 2 Num. 10. R.)

l) L. 8 §. 3 D. h. t. (17, 1), L. 28 D. de neg. gest. (3, 5), L. 2 §. 1 D. si mensor (11, 6).

m) Im canonischen Recht kommt ein gesetzliches Verbot der Substitution vor, wenn sie nicht der Mandant ausdrücklich gestattet hat, nämlich bey dem zur Schließung einer Ehe Bevollmächtigten, cap. 9 de procur. in VI. (1, 19).

n) L. 60 §. 2 D. h. t. (17, 1).

o) L. 10 §. 9, L. 12 §. 9, L. 27 §. 4, L. 56 §. 4 eod.

p) L. 45 eod.

q) L. 26 §. 6. 7 eod. (Haftpflicht für entstellte Aufträge: Bekker, Jahrbuch IV. 5. R.)

Mandatar gegen mehrere Mandanten in solidum[r]). Er hat aber auf die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten nur insofern Anspruch, als er die Gränzen des Auftrags nicht überschritten, oder die Ueberschreitung, wenn dieß möglich ist, wieder gut gemacht[s]), überhaupt aber auch seine übrigen Verbindlichkeiten erfüllt hat, oder zu erfüllen bereit ist; daß der Zweck des Mandats wirklich erreicht sey, ist nicht erforderlich, denn darauf geht die Verbindlichkeit des Mandatars nicht[t]).

§. 325.

Das Mandatverhältniß, welches durch den Mandatcontract beginnt, ist während seiner Dauer die Quelle dieser Verbindlichkeiten (§. 324), so wie des Repräsentationsverhältnisses (§. 323 a. E.). Dieses Verhältniß, also die Eigenschaft des Mandatars als solchen, hört auf 1) durch Beendigung des aufgetragenen Geschäfts; 2) durch Widerruf des Mandanten[u]), der auch stillschweigend durch Beauftragung eines Anderen oder eigene Besorgung des Geschäfts geschehen kann[v]); 3) durch Aufkündigung des Mandatars (renuntiatio) mit Meldung an den Mandanten[w]); in beyden Fällen aber kann Widerruf und Aufkündigung selbst noch die mandati actio wegen eines dadurch verschuldeten Nachtheils begründen[x]); 4) durch den Tod des Mandanten[y]), 5) durch den Tod des Mandatars[z]); aber auch in diesen Fällen kann die mandati actio unter Umständen wegen späterer Handlungen begründet seyn[aa]). In keinem Fall werden die durch die bisherige Dauer des Verhältnisses entstandenen Ansprüche durch diese Auflösungen des Mandats aufgehoben[bb]).

r) L. 59 §. 3 eod.

s) L. 3 §. 2, L. 4. 41 eod.

t) L. 56 §. 4 eod.

u) L. 12 §. 16, L. 15 eod.

v) L. 31 §. 2 D. de procur. (3, 3), L. 3 C. h. t. (4, 35).

w) L. 22 §. ult., L. 27 §. 2 D. h. t. (17, 1).

x) Doch kann auch eine unzeitige Renunciation eine Entschuldigung für sich haben, L. 23—25. 27 §. 2 eod.

y) L. 26 pr. §. 1 eod. Vgl. L. 12 §. ult., L. 13. 27 §. 1 eod., L. 15 C. eod. (4, 35): Mandatum re integra domini morte finitur.

z) L. 27 §. 3 D. eod., L. 57 eod. (§. 173 Note g).

aa) L. 58 pr. eod.: Si praecedente mandato Titium defenderas, quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. Quodsi sine mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici et heredem eius eadem actione teneri. (Dietzel, Linde's Ztschr. N. F. XIII. 13. R.)

bb) L. 58 pr. eod. (Note aa).

§. 326.

Besondere Anwendungen des Mandats sind 1) das s. g. mandatum qualificatum, Intercession in der Form des Mandats, durch welchen Inhalt dieses Mandat in gewissen Punkten eine eigenthümliche Natur erhält (§. 404); 2) die Cession (§. 281—285); 3) die Assignation, Auftrag an den Assignatar, eine Summe im Namen des Assignanten von dem Assignaten zu erheben, insonderheit mit der Intention, daß der Assignatar die Summe für eigene Rechnung erheben soll. Damit verknüpft sich ein Auftrag an den Assignatus (sey dieser Schuldner des Assignanten oder nicht), dem Assignatar zu zahlen (Zahlungsmandat). Dieses Mandat kann bis zur Zahlung, oder was dieser gleichsteht, wie ein anderes widerrufen werden, nicht blos jenes erste an den Assignatar[cc]), sondern auch das zweite an den Assignatus[dd]), auch wenn dieser sich gegen den Assignatar bereit erklärt hätte, zu zahlen[ee]), soweit diese Erklärung nicht eine, und zwar mandatmäßige Verpflichtung gegen den Assignatar, die der wirklichen Zahlung gleichstehen würde, enthält[ff]).

5. Negotiorum Gestio[a]).

§. 327.

Durch die Besorgung fremder Geschäfte ohne Auftrag entsteht eine

cc) Daher denn auch von der anderen Seite Assignation keine Zahlung ist.

dd) L. 106. 108 D. de solut. (46, 3).

ee) Bestritten, s. Heise und Cropp, jurist. Abhandl. II. 13. Thöl, Handelsrecht §. 114 ff. 119. 121 ff.

ff) (Die Anweisung ist 1) kein Mandat, sondern ein iussus, d. h. von der obligatorischen Wirkung des Acts wird abgesehen, L. 19 §. 5 in fin. D. ad S. C. Vell. [16, 1] delegatione debitoris facta mulier non obligatur. 2) ihre Grundlage ist die Delegation, nur ist diese im heutigen Recht ein der Stipulation entkleidetes formloses Accept, womit die Bezeichnung durch adsignatio in Verbindung steht: L. 1 §. 3 D. de adsign. lib. (38, 4), Ducange s. v. adsignatio, subscriptio, Salpius, Nov. S. 14. 3) Der Begriff umfaßt nicht nur die Zahlungs-, sondern auch die Creditanweisung. 4) Die reine Delegation beschränkt sich nicht auf die Ueberweisung eines Schuldners des Deleganten. Diese Sätze, von welchen erst die neuere Theorie abgewichen war, hat zum Theil schon Thöl, §. 128—132, bestimmter Salpius, §. 9—12. 73—75, wieder festgestellt. Bedenklicher ist der absolute Gegensatz, welche der Letztere in dem römischen „solvit qui delegat" und dem modernen „Anweisung ist keine Zahlung" annimmt. Es kam auch dort auf die Uebernahme der Gefahr an [L. 45 §. 7. 8 D. mand. (17, 1). Salpius S. 104 f.], andererseits ist auch die heutige Anweisung eine „indirecte Zahlung", wenngleich keine Baarzahlung. Die Stellung der Lehre im System bey dem Mandat ist aber hiernach nur ein Nothbehelf und die Unterscheidung einer gemeinen und „kaufmännischen" Assignation [deutsches Hdlsgesetzb. Art. 300—305] beruht blos auf schlechter Theorie. R.)

a) Dig. III. 5. Cod. II. 19: de negotiis gestis. E. Chambon, die Negotio-

Obligatio zwischen dem dominus negotii und dem Gestor. Die directa negotiorum gestorum actio des Dominus, d. h. dessen Geschäfte geführt sind[b]), erfordert zu ihrer Begründung nichts als jenes[c]), die contraria des Gestors aber außerdem die Besorgung mit der Absicht, einen Anspruch daraus zu erhalten[d]), nicht gegen Verbot[e]), und daß die Führung zum Vortheil geschehen sey[f]).

§. 328.

Die Verbindlichkeiten des Gestor und des Dominus sind denen aus dem Mandat analog. Der Mangel eines Auftrags aber bewirkt,

rum Gestio 1848, Ruhstrat, Beitr. zur Lehre von der Negotiorum Gestio: Archiv für civ. Pr. XXXII. [1849] 7. XXXIII. [1850] 2, 9. 11. XXXIV. [1851] 3, Reinhard, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. VIII. [1850] 3, Leist, civilist. Studien Heft 2 [s. §. 171 bb] 1855 S. 103 bis 160. [darüber Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 155 f.], A. Brinkmann, das Verh. der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander 1855, Danckwardt, die neg. gest. 1855. Die letztere kleine Schrift hat [§. 19 ff.] das Verdienst einer schärferen Sonderung der negotiorum gestio 1) aus einem vorauf gehenden, 2) nachfolgenden, 3) fingirten Mandat und 4) ohne Absicht der Stellvertretung [Invasion, Irrthum], die man oft vermischt hat. Neuere Versuche und Beiträge liefern: Köllner, d. Grundzüge der obl. neg. gestorum 1856. [darüber Hdlb. kr. Ztschr. IV. 227], B. Aarons, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio. Erste Abth. Dogmengeschichtliche Erörterungen 1860. Vgl. Schletter's Jahrb. II. 133. 139. III. 256. V. 109. VI. 214. VIII. 104. Jacobi, der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines Andern: Jahrb. für Dogmatik IV. [1861] S. 215 f. 293 f. R.)

b) L. 6 §. 9—11 D. h. t. (3, 5).

c) L. 3 pr. L. 6 §. 2 eod., L. 6 §. 3 eod.: Sed et si quis mea negotia gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius quam meum negotium gessisse. qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilominus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in id, quod ego locupletior factus sum, habet in me actionem. (Nur Retentionsrecht? Ruhstrat, zur Lehre von d. n. g. 1858 (darüber Arndts in Haimerl's V.-J.-Schr. I. S. 41 f.) L. 14 §. 1, L. 29 pr. D. comm. div. [10, 2]; oder auch Klagrecht? L. 49 D. h. t., L. 50 §. 1 D. de her. pet. [5, 3]. Vgl. Chambon S. 139, Ruhstrat, Archiv für civ. Pr. XXXIV. S. 68 f., Stintzing, Hdlb. krit. Ztschr. S. 169, Großkopf, Retentionsrecht S. 139 f., Witte, Bereicherungsklagen S. 6 f., Vangerow III. §. 664. R.)

d) L. 5. 6 §. 6—8, L. 27 §. 1, L. 44 eod., L. 2. 11. 15 C. eod. (2, 19), L. 14 §. 1, L. 29 pr. D. comm. div. (10, 3). Besonderes Recht des Erbschaftsbesitzers, L. 50 §. 1 D. de H. P. (5, 3). Ueber die angebliche negot. gest. a. utilis dessen, welcher seine eigenen Geschäfte zu führen glaubte, vgl. Kämmerer, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. VIII. 3. 4. 8 (1835) und oben §. 279.

e) L. 8 §. 3 D. h. t. (3, 5).

f) L. 10 §. 1 eod.: Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum si

daß der Gestor auch für den Zufall einzustehen hat bey einer neuen Unternehmung, die er gegen die Art und Weise, wie der Dominus seine Geschäfte betrieben, gemacht hat[g]), und daß er umgekehrt, wenn er sich zu einer Zeit, wo ohne ihn diese Güter für den Dominus verloren gegangen wären, interponirt hat, nur dolus und culpa lata prästirt[h]). Der Gestor ist auch wegen dessen verpflichtet, was er nicht gerirt hat, da er sich der Geschäftsführung einmal angenommen, und dadurch vielleicht einen Anderen davon abgehalten hat[i]); damit hängt zusammen, daß er von seiner eigenen Schuld an den Dominus Verzugszinsen zu zahlen hat[k]), und das nach Abzug der Kosten der Verwaltung übrige Geld verzinsen muß[l]).

§. 329.

In einigen Fällen der Geschäftsführung ohne Auftrag sind besondere Klagen gegeben, unter Umständen, wo die negotiorum gestorum actio für den Gestor nicht Statt finden würde. Eine solche ist die funeraria actio (§. 318), ferner die in factum actio in Folge der in possessionem missio. Ein Gläubiger, der in den Besitz von Gütern

effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo, si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum. idque et Labeo probat. Sed, ut Celsus refert, Proculus apud eum notat, non semper debere dari. quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet. Is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit, non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patremfamilias, adgreditur. Iuxta hoc est et quod Iulianus scribit, eum, qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero, quid si putavit utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico, hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem; ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum. Vgl. L. 9 eod. (In Betreff der Streitfrage über den Begriff des utiliter gestum Wächter, Archiv für civ. Pr. XX. S. 337 f., Chambon S. 62 f., Ruhstrat, Archiv für civ. Pr. XXXII. 7, XXXIII. 2. 9, XXXIV. 3, Dankwart S. 28 f., Leist S. 112 f., Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 155 f. — Vgl. Windscheid §. 430, 17. — Anwendung auf geleistete Dienste und Alimente: Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. VII. [1850] Nr. 1. R.)

g) L. 11 eod.

h) L. 3 §. 9 eod.

i) L. 6 §. ult. eod.

k) L. 38 eod.

l) L. 31 §. 3 eod., vgl. jedoch L. 13 §. 1 D. de usur. (22, 1).

seines Schuldners eingewiesen ist, kann in Beziehung auf die Verwaltung derselben nicht als negotiorum gestor betrachtet werden, da es sein eigenes Interesse ist, welches er betreibt[m]), es ist daher eine in factum actio ihm und gegen ihn, nach der Analogie der negotiorum gestorum actio directa und contraria, gegeben[n]). Doch prästirt der Gläubiger nur Dolus und culpa lata[o]).

6. Cura Bonorum[a]).

§. 330.

Es giebt Geschäftsführungen, die nicht wie die des Mandatars und des Negotiorum Gestor eine reine Privatsache sind, sondern die zugleich als Gegenstand öffentlichen Interesses behandelt werden, daher denn ihr Eintritt und ihre Ausrichtung unter obrigkeitlicher Mitwirkung und Aufsicht steht. Dahin gehören vor allem die Fälle, wo für Güter, die einer Verwaltung bedürfen (aber nicht — worin der Unterschied dieser Verwaltung von der Vormundschaft besteht — wegen persönlicher Eigenschaften des Subjects), durch obrigkeitliche Verfügung eine cura bonorum angeordnet, und ein curator bonorum gesetzt wird. Das Amt desselben ist nach Analogie des vormundschaftlichen zu beurtheilen[b]), nur mit folgenden Ausnahmen: 1) der curator bonorum hat keine administratio, sondern nur custodia rerum (§. 348), daher keine Veräußerungsbefugniß, mit Ausnahme solcher Gegenstände, die außerdem zu Grunde gehen würden[c]); 2) die Uebernahme einer Cura Bonorum ist freiwillig, wofern nicht ein Nothfall eintritt[d]), und damit hängt zusammen, daß 3) der curator bonorum, wie ein Mandatar oder Gestor, omnem culpam zu prästiren hat[e]).

---

m) L. 9 §. 4 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

n) L. 9 pr. §. 1—3. 6, L. 14 §. 1 eod.

o) L. 9 §. 5 eod.

a) Dig. XLII. 7: de curatore bonis dando. XXXVII. 9: de ventre in possessionem mittendo et curatore eius.

b) So auch in Absicht auf die Cautionspflicht, L. 3 C. de postlim. (8, 51). L. 8 D. de cur. fur. (27, 10). Das gesetzliche Pfandrecht der bevormundeten Personen findet hier keine Anwendung, vgl. L. 22 §. 1, L. 24 D. de reb. auct. iud. (42, 5): Sed si bonis curator datus sit vel absentis vel ab hostibus capti vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate, non oportebit privilegium dari, non enim in eadem causa est. Si ventri curator datus sit, nec partus editus, privilegium cessabit.

c) L. 48 D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 §. 4 D. de munerib. (50, 4).

d) L. 2 §. 3 D. de cur. bon. d. (42, 7), vgl. L. 1 §. 4 D. de muner. (50, 4).

e) L. 9 §. 5 D. de reb. auct. iud. (42, 5).

Eine solche cura bonorum tritt ein:

1) im Concurs zur Verwaltung der Concursmasse; der Richter bestellt eine von der Mehrheit der Gläubiger vorgeschlagene Person zum Massecurator[f]).

2) Wenn die Erben zu einer Erbschaft noch ungewiß sind, so wird ein curator bonorum ernannt; namentlich wenn die Erben über den Antritt deliberiren, zum Besten der Erbschaftsgläubiger[g]). Ferner wenn der Erbe noch nicht geboren ist, so wird der curator ventris in Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger auch als curator bonorum ventris nomine, oder auch nach Umständen neben jenem ein besonderer curator bonorum gegeben[h]). Der curator ventris selbst ist übrigens ebenfalls ein curator bonorum. Dann wird, wenn einem Unmündigen, der Anspruch auf die bonorum possessio ex edicto Carboniano hat, das Erbrecht bestritten wird, und keine von beiden Parteien die ihr die Verwaltung verschaffende Caution leistet, ebenfalls ein curator bonorum ernannt[i]). Endlich aber kann auch ohne Rücksicht auf Erbschaftsgläubiger oder einen Streit über das Erbrecht schon wegen der bloßen Ungewißheit der Erben ein Curator für die hereditas iacens ernannt werden[k]). Dahin gehört auch der curator hereditatis, der für eine einem filiusfamilias angefallene Erbschaft bestellt wird, zu deren Antritt der Vater nicht seine Zustimmung geben, noch auch ihre Verwaltung übernehmen will[l]).

3) Für die Güter eines Abwesenden, der nicht selbst eine hinlängliche Verwaltung derselben angeordnet hat, wird erforderlichen Falls ein curator (absentis) bestellt, entweder aus Rücksicht auf den Abwesenden selbst, oder seine Gläubiger, oder seine künftigen Erben[m]). Dieß geschieht insonderheit im Fall der Verschollenheit des Abwesenden[n]).

---

f) L. 2 pr. D. de cur. bon. d. (42, 7), L. 5. 9 D. de curat. fur. (27, 10), vgl. Rudorff, Vormundschaft I. §. 21.

g) L. 3 eod., L. 8. 9 pr. D. quib. ex. caus. in poss. (42, 4).

h) L. 8 D. de cur. fur. (27, 10), L. 1 §. 17. 18 D. de ventre in poss. mitt. (37, 9).

i) L. 5 §. 2 D. de Carbon. ed. (37, 10).

k) L. 1 §. 4 D. de muner. (50, 4).

l) L. 8 §. 1 C. de bon. qu. lib. (6, 61).

m) L. 15 pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), L. 6 §. 4 D. de tutel. (26, 1), L. 6 §. 2 D. qu. ex caus. in poss. (42, 4), L. 1 §. 4 D. de muner. (50, 4), L. 3 C. de postlim. (8, 51).

n) Vgl. Rudorff, Vormundschaft I. §. 19. 20.

7. Vormundschaft[a]).

a. Begriff.

§. 331.

Ein zweiter Fall der Geschäftsführung, die über die Eigenschaft einer bloßen Privatsache sich erhebt, ist die Vormundschaft. Sie ist das Verhältniß, wodurch einer Person (Vormund) die Verwaltung des Vermögens einer anderen, wegen persönlicher Eigenschaften nicht oder nicht vollkommen dazu geschickten (des Mündels) unter öffentlicher Autorität und Aufsicht übertragen ist. Der wesentliche Inhalt dieses Verhältnisses ist die Vermögensverwaltung, sey sie extensiv oder intensiv beschränkter oder unbeschränkter, accessorisch sind die übrigen möglichen Seiten des vormundschaftlichen Amts (§. 347), die auch nicht bey allen Vormundschaften sich finden. Die öffentliche Fürsorge, unter welcher das Verhältniß steht, bethätigt sich theils durch die rechtliche Gestaltung der Vormundschaft selbst, die darauf berechnet ist, daß jeder Bedürftige einen Vormund erhalte, und daß die erforderlichen Garantien für eine zweckmäßige und ersprießliche Verwaltung gegeben werden, theils durch eine selbstthätige Einwirkung der öffentlichen Behörden auf die Führung der einzelnen Vormundschaften. Das Verhältniß der Behörden, denen dieser Beruf anvertraut ist, zu den unter ihrem Einfluß stehenden Vormundschaften heißt Obervormundschaft. Schon das römische Recht hat mit der Entwickelung dieses obervormundschaftlichen Berufs den Anfang gemacht, vollständig anerkannt und ausgeführt hat ihn das neuere Recht[b]), ja manche Particularrechte

---

a) Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, 3 Bde. 1832—1834. (Dazu Bethmann-Hollweg, Rec. im Rhein. Museum VI. 7. R.) Vgl. Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, 2 Bde. 1835. 1847. (v. Keller, Pand. §. 423—454, Heimbach im Rechtsler. XIII. S. 327. 964, vgl. III. S. 133—221. R.)

b) R. P. O. 1577 Tit. 32 §. 1. 3: „Wiewohl in gemeinen beschriebenen Rechten disponiret und versehen ist, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern von ihren Vormündern mit allem Fleiß und Ernst fürgestanden, und derselben Nutz und Wohlfahrt gesucht und gefördert werden solle, so befind sich doch vielmals, daß in solchen Sachen von den Vormündern betrüglich, versäumlich und nicht mit dem Fleiß, wie sie zu thun schuldig, gehandelt wird, den Pupillen und minderjährigen Kindern zu merklichem Nachtheil und Schaden. Wenn aber nun den Obrigkeiten zusteht, in dem gebührlich und billig Einsehens haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheiligt bleiben, so wollen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Grafen, Prälaten, Herren von Adel und Communen hiermit ernstlich auferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthümern, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten, dermassen Vorsehung

sind in dieser Beziehung so weit gegangen, daß in ihnen die vormundschaftliche Verwaltung von der obervormundschaftlichen so viel möglich nahezu absorbirt worden ist, ein der Einfachheit, Sparsamkeit und Energie der Verwaltung ungünstiges Extrem.

§. 332.

Die rechtliche Form des vormundschaftlichen Verhältnisses war im ältesten römischen Recht die einer Gewalt, welche den Untergebenen zwar nicht der Fähigkeit der Vermögensrechte, aber der Vermögensdisposition beraubte[c]); daher bildete die Frage, ob jemand bevormundet sey oder nicht, einen Theil des ius personarum[d]). Diese Auffassung war schon zur Zeit der classischen Juristen antiquirt, die Handlungsunfähigkeit der Unmündigen, der Frauen, der Prodigi wurde nicht mehr aus der Vormundschaft abgeleitet, sondern als ein davon unab-

---

zu thun und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nicht verordnet oder ihre angeborne Freunde und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nicht unterziehen wollten, oder dazu tauglich und geschickt wären, gegeben werden. — — indem dann alle und jede Obrigkeiten vermöge göttlicher und unserer Kaiserlichen Gebot sonders fleißiges Aufsehens zu thun, aus tragendem Amt sich schuldig erkennen, und darum keines Vormünders Fahrläßigkeit, noch weniger Vervortheilung bey seinem Pflegkind oder dessen Güter ungestraft hingehen lassen sollen."

c) Vgl. Cic. de invent. II. 50: Lex est, si furiosus est agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. Die Formel der Prodigalitätserklärung bey Paulus, sent. III. 4. a, 7: — tibi ea re commercioque interdicto. Die Definition des Servius: tutela est ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa, §. 1 I. de tut. (1, 13), L. 1 pr. D. eod. (26, 1).

d) Gai. I. 142. Nicht des Familienrechts, wie Manche das ius personarum irrthümlich genommen haben, sonst würde ein Latinus nicht haben Vormund seyn können. (Die Entziehung der Vermögensdisposition durch die Gewalt Note c läßt sich jedoch nur für die Cura behaupten; bey der Tutel ist die Gewalt umgekehrt zur Ausgleichung des Mißverhältnisses bestimmt, welches zwischen vorhandener Rechtsfähigkeit und fehlender Handlungsfähigkeit schon vor der Vormundschaft durch den Tod des Vaters und die Unmündigkeit eingetreten war. „Darauf allein gründet sich die ursprüngliche Tutel, denn in diesem Fall allein ist ein allgemeines, wichtiges, häufiges Naturbedürfniß vorhanden. Die übrigen Fälle der Tutel, so wie die ganze Curatel beruhen auf allmäligen Nachbildungen bey ähnlichem Bedürfniß. Savigny, System I. S. 362. Diesem Ausgangspunkte der Vormundschaft folgt das Institutionensystem nach Gaius, in welchem die Tutel und Cura als vierte Division der selbstständigen Personen (sui iuris) erscheint, da der Conflict zwischen Vermögensfähigkeit und mangelnder Handlungs- bezüglich Dispositionsbefugniß nur bey diesen praktisch erheblich ist. R.)

hängiger Mangel, und umgekehrt als eine Veranlassung der Vormundschaft betrachtet; um ferner dem Vormund die Administrationsrechte zuzuerkennen, fand man es nicht mehr für nöthig, sie auf eine Gewalt des Vormunds zu gründen, was mit der modernen Anschauung der Vormundschaft als eines lediglich zum Besten der Bevormundeten bestehenden Instituts nicht mehr im Einklang gewesen wäre. Das Verhältniß erhielt nun die Form einer Obligatio zwischen dem Vormund und dem Mündel. Die gewöhnliche Ansicht unserer Juristen, daß die Vormundschaft ein Familienverhältniß sey, findet weder in der Entstehung (abgesehen von der gesetzlichen Vormundschaft der Verwandten), noch in der juristischen Natur des Verhältnisses die mindeste Begründung, und ist dem römischen Recht so fremd, wie den neueren Gesetzgebungen, die weit eher geneigt sind, das Institut in das öffentliche, als in das Familienrecht hinüberzuziehen[e]).

---

e) Man hat es für eine Inconsequenz gehalten, daß, während ich der Vormundschaft die Stelle unter den Obligationen gegeben habe, nicht auch das Dotalrecht von mir hieher gestellt worden ist. Dieser Einwurf würde nur dann einen Grund haben, wenn die Vormundschaft an und für sich eine besondere Stelle des privatrechtlichen Systems einnähme, wie dieß bey der Ehe in der That der Fall ist. Aber das Institut hat (abgesehen von der auctoritas tutoris, in welcher — sehr partiellen und heutzutage wenig wichtigen — Hinsicht die Vormundschaft zur Handlungsfähigkeit gehört §. 50) nur in seiner Eigenschaft als Obligatio einen privatrechtlichen Charakter; sollte das, was es außerdem ist, seine systematische Stellung bestimmen, und die Obligatio nach sich ziehen, so würde es ganz in das öffentliche Recht zu verweisen seyn. Dies aber wäre eine Nachgiebigkeit gegen die am Ende des §. 331 angedeuteten Tendenzen, deren die Theorie alle Ursache hat sich zu enthalten. (Vgl. jedoch Kraut I. S. 96, Kuntze, in systemate iuris civilis hodierni doctrina de iure tutelae uum iuri obligationum adscribenda sit? 1851. — Der familienrechtliche Charakter der Vormundschaft ist außerdem noch durch den Einfluß der nächsten Angehörigen des Bevormundeten gewahrt, welcher in einzelnen Gesetzgebungen zu einem förmlichen Familienrath ausgebildet ist und der gänzlichen Auflösung in das öffentliche Recht Gränzen setzt. Rudorff §. 3, Arndts in Richter's Jahrb. X. S. 241, Schenk, der Familienrath 1863. Endlich ist der Autonomie des Familienhaupts die tutoris datio anvertraut. In allen diesen Beziehungen erscheint demnach die Vormundschaft ursprünglich als Familienschutz und erst eventuell als Staatsschutz. Diese Auffassung ist im Sabinussystem, im Edict (vgl. edictum perpetuum §. 126) und selbst noch in den Pandekten und im Codex vertreten. Für die Stellung im Obligationenrecht fehlt es dagegen an einem zureichenden Grunde, da sie erst hervortritt, wenn sich das vormundschaftliche Amt in der Schlußrechnung in eine Obligation auflöst: pupillus cum tutore suo tutelae agere nequit. R.)

b. Arten der Vormundschaft [a]).

§. 333.

Das Bedürfniß einer Verwaltung des Vermögens oder einzelner Theile desselben ist das allgemeine, welches eine Vormundschaft hervorruft, und die Abhülfe desselben ist es, was die beiden Arten der Vormundschaft, tutela und cura, in der Gestalt, wie sie im neuesten R. R. vorkommen, mit einander gemein haben [b]). Bey gewissen Personen aber kommt zu diesem allgemeinen Bedürfniß noch das besondere einer Ergänzung ihrer Handlungsfähigkeit, diese, die impuberes, bedürfen daher einen Vormund, mit dessen auctoritas sie die Geschäfte, deren sie für sich unfähig sind, vornehmen können. Ein solcher Vormund ist der Tutor, während in dem Curator nur der einfache Begriff von Vormund liegt [c]).

---

a) Inst. I. 13. Dig. XXVI. 1: de tutelis. Inst. I. 23: de curatoribus. Dig. XXVI. 5: de tutoribus et curatoribus datis — et in quibus causis specialiter dari possunt. XXVII. 10: de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod. V. 36: in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest. 44: de in litem dando tutore vel curatore. 70: de curatore furiosi vel prodigi.

b) Im älteren Recht giebt es eine Art der Tutel, die tutela mulierum, welche sich auf die Administratio nicht erstreckt. (Man unterschied in praktischer Hinsicht zwischen zwey Gattungen von Vormündern, legitimi und alterius generis tutores. Die legitima tutela war ein Beispruchsrecht, die legitima curatio sogar ein Dispositionsrecht der nächsten Erben, um dem Mannsstamm, da die Weiber miterbten, das Familiengut zu conserviren. Die andern Fälle beruhen auf einer erzwingbaren Rechtsförmlichkeit, welche der alterthümlichen Rechtsanschauung entstammte, daß die Rechtsacte schutzbedürftiger Individuen der Auctorität eines wehrhaften Mannes bedürfen, um zu Recht zu bestehen. R.)

c) L. 19 D. de auct. tut. (26, 8): Curatorem etiam impuberi dari posse, sed ad ea, quae solennitatem iuris desiderant, explicanda tutore auctore opus esse. L. 17 §. 1 D. de appell. (49, 1): Tutor pupillo datus si provocet, interim pupillo curator dabitur. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est. §. 4 I. qui dari tut. testamento poss. (1, 14): Certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur. L. 12—15 D. de testam. tut. (26, 2): Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, ne deductis rebus. Et si datus fuerit, tota datio nihil valebit. Quia personae, non rei vel causae datur. Si tamen tutor detur rei africanae vel rei syriaticae, utilis datio est, hoc enim iure utimur. L. 9 D. de tut. datis (26, 5): Impuberi ad hereditatem adeundam ut tutor detur, ex causa permissum est. Vgl. v. Löhr, über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel, Magazin für Rechtswissensch. III. 1 u. 14, und Bethmann-Hollweg, Rhein. Museum VI. S. 252—254. (Die ursprüngliche Beziehung der Regel tutor personae non rei vel certae causae datur, certarum rerum vel

So erhalten also 1) einen Tutor impuberes, wenn die Bedingungen der Vormundschaft für sie eintreten[d]); 2) einen Curator a) impuberes unter Umständen[e]); b) puberes minores, regelmäßig nur mit ihrer Zustimmung[f]); c) furiosi[g]); d) prodigi[h]); e) andere Personen, bey denen das Bedürfniß eintritt, auf ihr Gesuch[i]); in den drey letzten Fällen setzt die Anordnung der Vormundschaft eine vorhergehende causae cognitio voraus[k]).

§. 334.

Nach heutigem Recht besteht nur Eine Vormundschaft wegen Alters, die Spaltung derselben in tutela impuberum und cura minorum ist weggefallen[l]). Die Vormundschaft ist für die puberes mi-

---

causarum testamento tutor dari non potest unterschied die testamentarische Dativtutel über Unmündige und Töchter gegenüber dem Recht der uxor in manu sich einen generellen Tutor für alle Angelegenheiten, oder für ein einzelnes Geschäft zu erwählen. Gai. I. 150. Diese Beziehung ist schon im Justinianischen Recht mit dem Wegfall des Gegensatzes der testamentarischen Optivtutel verdunkelt. Seitdem bezeichnet die Regel nur noch den Gegensatz der allgemeinen Vormünder gegen die obrigkeitlichen Specialtutoren, nicht aber den Unterschied zwischen Tutel und Cura. R.) Die Fürsorge für persönliche Angelegenheiten begründet keinen wesentlichen Unterschied der Vormundschaften, sie kann wie zum Amt eines Tutors, so auch zu dem eines Curators gehören, L. 12 §. 3 D. de adm. tut. (26, 7): Cum tutor non rebus duntaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur —. L. 7 pr. D. de cur. fur. (27, 10): Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi.

d) Sui iuris, L. 239 pr. D. de V. S. (50, 16), L. 6 §. 4 D. de tut. (26, 1). Tutorem habenti tutor dari non potest, L. 27 pr. D. de testam. tut. (26, 2), §. 5 I. de curat. (1, 23), vgl. L. 15 D. de test. tut. (Note c), L. 21 §. 2 D. de excus. (27, 1), L. 2. 9. 13 pr. D. de tut. dat. (26, 5), L. 20 §. 1 eod.: Curatorem habenti, quo minus alius curator detur, regula iuris non est impedimento. — Infantia, Wahnsinn, Stummheit, Taubheit des Unmündigen schließt die Tutel nicht aus, L. 3 pr. 6 pr. §. 3 D. de tut. (26, 1), L. 8 §. 3 D. de tut. dat. Die Tutel ist von dem Willen des Impubes unabhängig, L. 5. 6 eod.

e) L. 13 D. de tutel. (26, 1), L. 11. 15 D. de tut. dat. (26, 5), L. 10 §. 7 D. de excus. (27, 1), §. 5 I. de curat. (1, 23), §. ult. I. de auct. tut. (1, 21), Nov. 72 c. 2.

f) §. 2 I. de curat. (1, 23), L. 13 §. 2 D. de tut. dat. (26, 5), L. 2 §. 4. 5 D. qui pet. tut. (26, 6), L. 1 §. 3, L. 7 §. 2 D. de minor. (4, 4), L. 1. 7 C. qui pet. tut. (5, 31), L. 11 C. qui dare tut. (5, 34). — L. 5 §. 5, L. 33 §. 1 D. de admin. tut. (26, 7), vgl. Savigny, von dem Schutz der Minderjähr. im R. R. S. 19—36.

g) Vgl. L. 7 pr. C. de cur. fur. (5, 70).

h) L. 1 D. de cur. fur. (27, 10).

i) L. 2 eod., L. 12 pr. §. 2 D. de tut. dat. (26, 5), §. 4 I. de curat. (1, 23).

k) L. 6 D. de cur. fur. (27, 10).

l) Vgl. R. P. O. 1577 Tit. 32.

nores so wenig mehr freiwillig, als für die impuberes. Auch in Beziehung auf Entstehung (§. 338), Endigung der Vormundschaft, Administration und Fürsorge für die Person wird diese Altersvormundschaft nach den Grundsätzen der römischen tutela impuberum behandelt. Die Einheit aber und Ununterbrochenheit der Vormundschaft, unter welcher eine Person von ihrem ersten Lebensalter bis zur Volljährigkeit steht, schließt nicht aus, daß mit dem Heranwachsen des Mündels und der Veränderung, die bey der Erreichung der Pubertät mit seiner Handlungsfähigkeit vorgeht, auch das Amt des Vormunds sich in einem gewissen Punkt verändert. So lange der Mündel unmündig ist, hat der Vormund bey solchen Handlungen, deren Unmündige für sich unfähig sind, wenn der Mündel selbst sie vornehmen soll, Auctoritas zu interponiren (§. 50); mit der Mündigkeit verliert das Amt des Vormunds diesen Bestandtheil und beschränkt sich auf Administration und persönliche Fürsorge, ohne daß eine doppelte Vormundschaft wie im römischen Recht die Folge davon wäre[m]).

Von den übrigen Verwandtschaften außer der Altersvormundschaft gelten durchaus die Grundsätze der cura furiosi, prodigi, ex aliis causis.

c. Delation der Vormundschaft.

α. Fähigkeit[a]).

§. 335.

Vormund wird jemand durch Bestellung als solcher. Dieß setzt vor allem die Berufung einer Person zur Vormundschaft voraus, welche das Recht nicht für unfähig, Vormund zu seyn, erklärt. Gewisse Personen sind schlechterdings und ipso iure unfähig, Vormünder zu seyn, so daß ihnen eine Vormundschaft nicht einmal deferirt wird, und sofern die Unfähigkeit erst nachher eintritt, die Vormundschaft ipso iure sich endigt (§. 336). Andere Personen aber noch sind in unserm Recht bezeichnet, de nicht durch die Obrigkeit sollen zur Vormundschaft berufen werden; eine sonstige Delation, wo sie ein-

m) Viele betrachten die auctoritas überhaupt als ein antiquirtes Institut, Mittermaier, Grundſ. d. gem. D. Privatr. (6. Ausg.) §. 425. Vgl. Glück, Comment. XXX. S. 476 ff. Durch die Erweiterung der Repräsentationsunmöglichkeit (§. 52) ist die Anwendung der Auctoritas unendlich seltener geworden, aber dieß entscheidet jene Frage keineswegs.

a) Dig. XXVI. 5: de tut. et cur. datis — et qui — dari possunt. Cod. V. 34: qui dare tutores — et qui dari non possunt. 35: quando mulier tutelae officio fungi potest. 47: si contra matris voluntatem tutor datus sit.



treten kann, ist dadurch an sich nicht ausgeschlossen, aber es ist der Obrigkeit das Recht gegeben und die Pflicht auferlegt, diese Personen von der Führung der Vormundschaft zu entfernen, entweder definitiv, oder nach Umständen (wenn eine baldige Hebung der Unfähigkeit zu hoffen wäre) interimistisch. Dahin gehören theils Personen, die zu keiner, theils solche, die nur zu gewissen Vormundschaften nicht gelassen werden sollen (§. 336. 337). Aber die Obrigkeit ist auch an diese bestimmten Ausschließungsgründe nicht gebunden, sondern sie kann und soll überhaupt einen Vormund ausschließen, den sie für untauglich und dem Besten des Mündels nicht zusagend zu halten hinreichenden Grund hat[b]).

§. 336.

Schlechthin unfähig, Vormünder zu werden, sind 1) Frauenspersonen[c]). Mütter und Großmütter konnten schon nach älterem Recht die Tutel über ihre Kinder und Enkel durch Rescript des Princeps auswirken, nach neuestem Recht ist ihnen dieses Vorrecht durch allgemeines Gesetz gegeben, sofern sie unverheirathet bleiben und auf ihre weiblichen Beneficien, namentlich das S. C. Velleianum verzichten[d]). 2) Bischöfe und Mönche[e]). Anderen Geistlichen ist nur die gesetzliche Vormundschaft über Verwandte zu führen gestattet. 3) Soldaten[f]). Ausgenommen ist die Vormundschaft, die ihnen durch das Testament eines Mitsoldaten angetragen wird[g]). 4) Minderjährige[h]). Dadurch ist das ältere Recht abgeändert, wonach ihnen nur eine Excusation dagegen zustand, und ebenso der aus der älteren Rechtsansicht (nach welcher namentlich die gesetzliche Tutel weniger zum Vortheil des Pupillen, als des Vormunds, seines nächsten Erben, gegeben war) hervorgegangene Satz, daß, wenn einer solchen Person eine Tutel zufiel, einstweilen, bis sie das gehörige Alter erreicht hätte, ein interimistischer Vormund bestellt ward[i]). Das letztere findet nur noch Statt, wenn der Minderjährige im Testament bestellt ist[k]).

Ohne absolut für unfähig erklärt zu seyn, sind als nicht zur Vor-

b) L. 3 §. 12 D. de susp. tut. (26, 10).
c) L. 16 pr. 18 D. de tut. (26, 1).
d) Nov. 94 c. 2. Nov. 118 c. 5.
e) Nov. 123 c. 5.
f) L. 4 C. qui dare tut. (5, 34).
g) L. 23 §. 1 D. de excus. (27, 1).
h) L. 5 C. de legit. tut. (5, 30), §. 13 I. de excus. (1, 25).
i) L. 10 §. 7 D. de excus. (27, 1).
k) §. 2 I. qui dari tut. (1, 14).

mundschaft zu lassende Personen bezeichnet: furiosi und prodigi[l]). Auch körperliche Krankheit kann auf gleiche Weise unfähig machen[m]). Blinde können nicht zu Vormündern bestellt werden[n]). Stumme und Taube können nicht zu Tutoren bestellt werden, weil sie nicht auctoritatem interponiren können[o]). Treten diese Eigenschaften ein, nachdem die Person schon Vormund geworden ist, so begründen sie ein Recht, die Vormundschaft zu deponiren[p]), und wenn davon kein Gebrauch gemacht wird, auch unaufgefordert das Einschreiten der Obrigkeit, die entweder, wenn Wiederherstellung zu hoffen ist, einen Interimsvormund ernennt, oder jene Personen auch wohl schlechthin removirt[q]). Aber auch die Delation der Vormundschaft an eine in einem solchen Fall schon befindliche Person ist nicht an sich ungültig, sondern sie wird erst durch Verfügung der Obrigkeit beseitigt, und dieß hat die Folge, daß der an ihre Stelle tretende Vormund immer von der Obrigkeit bestellt wird.

§. 337.

Noch giebt es Personen, die nicht von Vormundschaften überhaupt ausgeschlossen sind, aber bey gewissen Vormundschaften nicht zugelassen werden sollen: 1) Wer durch Verbot des Vaters oder der Mutter des Mündels ausgeschlossen ist[r]). 2) Wer mit den Eltern des Mündels in unversöhnter Feindschaft gelebt hat[s]). 3) Wer sich zur Vormundschaft drängt[t]). 4) Gläubiger und Schuldner des Mündels, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter[u]). Wird die Forderung verheimlicht, so verliert der Gläubiger seine Forderung, der Schuldner kann während der Vormundschaft nicht befreit werden[v]). Entstehen nach übernommener Vormundschaft Schuldverhältnisse zwischen den Vormund und dem Mündel, so soll jenem noch ein zweiter Vormund bei-

---

l) L. 17 D. de tut. (26, 1), vgl. L. 5 C. de legit. tut. (5, 30).

m) L. 10 §. 8, L. 11. 12 pr. L. 40 pr. D. de excus. (27, 1).

n) L. 3 C. qui dare tut. (5, 34).

o) L. 1 §. 2. 3, L. 17 D. de tut. (26, 1).

p) L. 40 pr. D. de excus. (27, 1).

q) L. 10 §. 8, L. 11. 12 pr. eod., L. 17 D. de tut. (26, 1).

r) L. 21 §. 2 D. de tut. dat. (26, 5), L. un. C. si contra matris vol. (5, 47).

s) L. 3 §. 12 D. de susp. tut. (26, 10), L. 6 §. 17 D. de excus. (27, 1).

t) L. 21 §. 6 D. de tut. dat. (26, 5).

u) Nov. 62 c. 1, Nov. 94 c. 1. Diese Vorschrift bezieht sich auch auf testamentarische Vormundschaften, Rudorff, Vorm. II. S. 30.

v) Nov. 72 c. 4.

gesellt werden[w]). 5) Der Ehemann kann nicht Vormund seiner Frau werden[x]).

β. Delationsgründe[a]).

§. 338.

Zur Tutel kann jemand berufen werden 1) durch Testament, testamentaria tutela[b]). Der Mündel muß suus des Testators seyn[c]), der Tutor testamentifactio haben[d]), und nicht für einzelne Sachen oder Geschäfte gegeben seyn[e]). Eine unwirksame Bestellung kann durch Confirmation von Seiten der Obrigkeit gültig werden, die theils eine Untersuchung voraussetzt[f]), theils sine inquisitione geschehen kann. Das letzte ist der Fall, wenn der Vater dem Emancipirten oder ohne Beobachtung der gehörigen Form einen Vormund bestellt hat[g]), das erste, wenn die Mutter dem von ihr eingesetzten Kind[h]), oder wenn irgend ein anderer seinem Erben, der kein anderes Vermögen hat, einen Vormund ernennt[i]). Diese s. g. tutela testamentaria imperfecta ist

w) Nov. 72 c. 2.

x) L. 14 D. de cur. fur. (27, 10), L. 2 C. qui dare tut. (5, 34). Vgl. Rudorff, Vorm. II. S. 37 ff.

a) Inst. I. 14: qui testamento tutores dari possunt. Dig. XXVI. 2. Cod. V. 28: de testamentaria tutela. Dig. XXVI. 3: de confirmando tutore vel curatore. Cod. V. 29: de confirmando tutore. — Inst. I. 15: de legitima agnatorum tutela. Dig. XXVI. 4: de legitimis tutoribus. Cod. V. 30: de legitima tutela. — Inst. I. 20: de Atiliano tutore et eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur. Dig. XXVI. 5: de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possint. 6: qui petant tutores vel curatores et ubi petantur. Cod. V. 31: qui petant tutores vel curatores. 34: qui dare tutores vel curatores possunt et qui dari non possunt.

b) Vgl. L. 3 pr. D. de test. tut. (26, 2), L. 8 §. 2. 3, L. 10 §. 1, L 11 pr. eod.

c) L. 1. 2. 4—6 eod.

d) L. 20. 21 eod., L. 10 §. 3. 4 eod.

e) S. §. 333 Note c.

f) L. 7 §. 1 D. de conf. tut. (26, 3): Si quaeratur, an ex inquisitione recte datus sit tutor, quattuor haec consideranda sunt: an hic dederit, qui dare potuit, et ille acceperit, cui fuerat dandus, et si datur, cuius dandi facultas erat, et pro tribunali decretum interpositum.

g) L. 1 §. 1. 2, L. 3 eod., L. 2 C. eod. (5, 29), vgl. L. 29 D. de test. tut. (26, 2), L. 18 §. 1 D. de L. Corn. de fals. (48, 10).

h) L. 2 pr. D. de conf. tut. (26, 3), L. 4 D. de test. tut. (26, 2). Wegen L. 4 C. de test. tut. (5, 28) s. Glück, Comment. XXIX. S. 257 ff.

i) L. 4. 5 D. de conf. tut. (26, 3). Ein besonderer Fall ist noch die Bestellung durch den Vater für das außereheliche Kind, L. 7 pr. eod. Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur (Hermog.). Nov. 89 c. 14. Vgl. Glück, Comment. XXIX. S. 266 ff.

erst durch das confirmirende Decret deferirt, außerdem gilt für den confirmirten das Recht des testamentarischen Vormunds[k]); 2) durch einen Rechtssatz, legitima tutela[l]), der nächste fähige Intestaterbe des Pupillen ist zur Tutel berufen[m]); 3) durch die Obrigkeit, Dativtutel[n]). Diese tritt überall ein, wo es sich um einen interimistischen oder um einen Vormund für einzelne Geschäfte und Verhältnisse handelt, ferner, wo das Bedürfniß einer Vormundsbestellung in einem Act der Obrigkeit selbst seine Quelle hat, außerdem, wo kein durch Testament oder Gesetz berufener Vormund existirt.

Für die Cura giebt es nur einen einzigen Delationsgrund, Bestellung durch die Obrigkeit. Wenn gleich eine legitima cura furiosi und prodigi aus den Zwölf Tafeln abgeleitet wird, so geschieht die wirkliche Berufung auch in diesen Fällen nicht ohne Mitwirkung der Obrigkeit[o]), und eine Bestellung im Testament muß immer durch eine obrigkeitliche Confirmation ergänzt werden, die ohne Untersuchung bey der Bestellung durch den Vater erfolgt, außerdem nur ex inquisitione geschieht[p]).

Erbittung der Vormünder.

§. 339.

Wo die Bestellung eines Vormunds durch die Obrigkeit eintritt[a]), verfährt sie ex officio. Um ihr aber die Kenntniß des Vormundschaftsfalls, und zugleich tüchtiger Subjecte, die bestellt werden können, zu verschaffen, dient nach R. R.[b]) das Institut der petitio tutoris oder curatoris[c]), d. h. des Gesuchs an die Obrigkeit um Bestellung eines

k) Rudorff, Vormundsch. I. S. 327 ff.

l) L. 11 D. de test. tut. (26, 2).

m) L. 1 §. 1. 2 D. de legit. tut. (26, 4), Nov. 118 c. 5. Viele wollen nach neuestem Recht noch ganz unabhängig vom Erbrecht die Emancipation als selbstständigen Grund eines Vormundschaftsrechts des parens manumissor gelten lassen, s. z. B. Vangerow, Leitf. §. 267. (Man führt dafür den Vorzug der Mutter und Großmutter vor den Seitenverwandten als Beweis an, Nov. 118 c. 5, denen der Vater gleich stehe. R.)

n) L. 3. 4 D. de tut. dat. (26, 5), L. 6 §. 1 D. de tutel. (26, 1).

o) L. 1. 13 D. de cur. fur. (27, 10), L. 7 §. 6 C. eod. (5, 70), §. 3 I. de curat. (1, 23).

p) L. 1 §. 3, L. 6. 11 D. de conf. tut. (26, 3), L. 16 D. de cur. fur. (27, 10).

a) Eben so bey der Confirmation, L. 4 pr. D. qui pet. tut. (26, 6).

b) Heutzutage sind regelmäßig noch andere Anstalten zu diesem Behuf getroffen.

c) L. 1 eod., L. 6 C. qui pet. tut. (5, 31), L. 2 §. 31 D. ad S. C. Tertull. (38, 17).

Vormunds, verbunden mit dem Vorschlag einer tauglichen Person[d]). Verpflichtet sind die künftigen Intestaterben des Pupillen[e]), dieses Gesuch innerhalb eines Jahres zu stellen[f]), bey Strafe der Ausschließung von der Erbschaft des zu Bevormundenden[g]), wenn er ohne die Fähigkeit zu testiren erlangt zu haben, gestorben ist[h]).

γ. Excusation[a]).

§. 340.

Wer fähig ist, ist auch verpflichtet, Vormund zu werden, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter, deren Fähigkeit zur Vormundschaft eine Gunst des Gesetzes ist, die ihnen nicht aufgedrungen wird. Neben jener Pflicht zur Uebernahme einer rechtmäßig deferirten Vormundschaft giebt es aber Entschuldigungsgründe, durch die eine Befreiung erlangt werden kann. Die Excusation muß angebracht und bewiesen werden, sie wird nur durch ein obrigkeitliches Decret wirksam. Die Excusationen berechtigen zum Theil, deferirte Vormundschaften abzulehnen, zum Theil, schon übernommene zu deponiren. Die ersteren werden verloren, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlichen Zeit nach Kenntniß der Delation bey der competenten Obrigkeit angebracht werden[b]); die Zeit aber ist für Anwesende (d. h. nicht über

---

d) L. 2 §. 1 D. qui pet. tut. (26, 6).

e) L. 2 §. 23 sqq. ad S. C. Tertull. (38, 17), L. 2 §. 1. 2 D. qui pet. tut. L. 10 C. de legit. hered. (6, 58). Vorausgesetzt, daß nicht durch die Existenz eines solchen Intestaterben selbst das Bedürfniß eines von der Obrigkeit zu bestellenden Vormunds wegfällt, also nicht in einem solchen Intestaterben zugleich ein gesetzlicher Vormund vorhanden ist.

f) L. 2 §. 43 D. ad S. C. Tertull. (38, 17).

g) L. 10 C. de legit. hered. (6, 58), L. 6 C. ad S. C. Tertull. (6, 56). Mehrere Juristen glauben, daß nach dem neuesten Intestaterbrecht diese Strafe die Mutter nicht mehr treffe, s. z. B. Savigny, System IV. §. 177 Note p, vgl. Glück, Commentar XXX. S. 134 ff.

h) L. 3 C. eod. — Die Strafe fällt weg für Minderjährige, L. 2 C. si adv. del. (2, 35), ferner wenn ein factisches Hinderniß die Petitio unthunlich machte, L. 2 §. 27. 43 D. ad S. C. Tert. (38, 17), L. 8. 11 C. qui pet. tut. (5, 31), und wenn der Pupill kein Vermögen hatte, L. 2 §. 26. 45. 46 D. ad S. C. Tertull. (38, 17).

a) Inst. I. 25: de excusationibus tutorum vel curatorum. Dig. XXVII. 1: de excusationibus. Cod. V. 62: de excusationibus tut. et curat. et de temporibus earum. 63: si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit. 64: si tutor vel curator reipublicae causa aberit. 65: de excusationibus veteranorum. 66: qui numero liberorum se excusant. 67: qui morbo se excusant. 68: qui aetate se excusant. 69: qui numero tutelarum.

b) L. 13 pr. D. h. t., L. 1 §. 1 D. quando appell. (49, 4).

hundert Millien Entfernte) fünfzig Tage, dem Abwesenden werden dreißig Tage, zu denen jede Strecke von zwanzig Millien Entfernung einen Tag zugelegt, jedoch nie weniger als funfzig Tage verwilligt[c]). Während der Verhandlung über die Excusation wird ein interimistischer Vormund gesetzt[d]). Das die Excusation zulassende Decret hebt die Delation auf[e]), oder (bey der zweiten Art der Excusationen) endigt die bisher geführte Vormundschaft, eine verworfene Excusation wird für nicht vorgeschützt erachtet, und dasselbe gilt, wenn sich später erst ihre Unrichtigkeit manifestirt[f]). Die einzelne Excusationen sind folgende[g]).

§. 341.

Gegen Uebernahme einer deferirten Vormundschaft excusirt:

1) Ein obrigkeitliches Amt, welches der zum Vormund Bestimmte bekleidet[h]).

2) Verwaltung der Angelegenheiten des Fürsten oder des Fiscus[i]), nicht aber die Pachtung fiscalischer Güter[k]).

3) Aufnahme in den geheimen Rath des Fürsten[l]).

4) Abwesenheit im Dienst des Staats. Sie giebt eine Excusation gegen die innerhalb eines Jahres nach der Rückkehr deferirten Vormundschaften[m]).

5) Ein geistliches Amt, in solchen Fällen nämlich, wo der Geistliche fähig ist[n]).

6) Ein öffentliches wissenschaftliches Lehramt und Bestallung als Arzt[o]).

---

c) §. 16 I. h. t. (1, 25), L. 13 D. h. t. (27, 1), L. 38 eod.: Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet, peragendo enim negotio ex die nominationis continui quattuor menses constituti sunt.

d) L. 17 §. 1 D. de appell. (49, 1).

e) Vgl. L. 28 §. 1, L. 32 D. h. t. (27, 1).

f) §. ult. I. eod. (1, 25), L. 1. 3 C. si tut. vel cur. fals. alleg. (5, 63).

g) Vgl. Glück, Commentar XXXI. S. 196—480, XXXII. S. 1—73, Rudorff, Vormundsch. II. S. 45—161.

h) §. 3 I. h. t. (1, 25), L. 6 §. 14. 16, L. 15 §. 2, L. 17 §. 5, L. 23 pr. D. eod. (27, 1).

i) §. 1 I., L. 22 §. 1, L. 41 pr. D. eod.

k) L. 8 C. eod. (5, 62). Die mitunter dafür angeführte L. 13 C. qui dare tut. (5, 34) spricht von leibeigenen Colonen.

l) L. 30 pr. D. h. t. (27, 1).

m) §. 2 I., L. 10 pr. §. 1—3 D. eod.

n) L. 52 C. de episc. et cler. (1, 3).

o) L. 6 §. 1—12 D. h. t. (27, 1).

7) Ehrenvolle Entlassung nach vollständig ausgehaltener Militärdienstzeit. Frühere Entlassung bewirkt nur temporäre Excusation[p]).

8) Die Eigenschaft als Glied einer Corporation, der dieses Recht durch Privilegium ertheilt[q]) ist. Im Zweifel aber erstreckt sich eine solche Excusation nicht auf die Vormundschaft über die an demselben Ort domicilirenden Kinder der Corporationsgenossen[r]). Die Frage, welche Corporationen heutzutage dieses Privilegium haben, ist nicht aus dem römischen Recht zu beantworten.

9) Drey, vier und fünf leibliche Kinder (jenachdem von einem Römer, Italiener oder Provinzialen die Rede ist)[s]). Diese Bestimmung ist nicht aus der Erwägung, das für einen Vater von einer solchen Anzahl Kinder die Vormundschaft über fremde eine zu beschwerliche und unbillige Last seyn würde, hervorgegangen, daher z. B. Adoptivkinder nicht gerechnet werden, dagegen aber leibliche, selbst wenn sie in Adoption gegeben sind, sondern sie enthält eine von den Belohnungen der Eheschließung und Kindererziehung, wie sie eine gewisse Zeit des römischen Staats so häufig hervorgebracht hat. Heutzutage ist diese Excusation in dieser Art nicht mehr anwendbar, wohl aber gilt es für einen seiner näheren Bestimmung nach dem richterlichen Ermessen anheimgestellten Excusationsgrund, wenn jemand so viele eigene unversorgte Kinder hat, daß es unbillig seyn würde, ihm auch noch die vormundschaftliche für fremde aufzubürden.

10) Drey Vormundschaften in einem Hause geben eine Excusation gegen die Uebernahme der vierten, sey es, daß der Vater, oder daß der seiner Gewalt Unterworfene die Vormundschaften hat, sofern der Vater für ihn haftet. Bey der Zahl ist nicht auf die Zahl der Mündel, sondern auf die Zahl der Vermögensinbegriffe zu sehen, die zu verwalten sind, daher z. B. die Vormundschaft über drey Brüder, die ein noch ungetheiltes Vermögen haben, für eine einzige zu nehmen ist. Doch kann nach richterlichem Ermessen auch schon eine einzige Vormundschaft, wenn die Geschäfte dabey von sehr großem Umfang sind, eine Excusation geben. Eine Vormundschaft, die man aus freiem Antrieb übernommen, z. B. gegen welche man eine zuständige Excusation nicht vorgeschützt hat, kann nicht in Rechnung gebracht werden[t]).

p) L. 8 eod.
q) L. 17 §. 1—3, L. 26 eod.
r) L. 41 §. 3, L. 42 eod.
s) pr. I., L. 2 §. 2—8, L. 17 D. eod.
t) L. 2 §. ult., L. 3—5. 6 pr. 15 §. 15. 16, L. 31 eod.

11) Armuth, wodurch die Thätigkeit völlig für die eigene Subsistenz in Anspruch genommen wird[u]).

12) Eine Krankheit, wodurch jemand in der Führung seiner eigenen Geschäfte gehindert wird[v]).

13) Das Alter von 70 Jahren[w]).

14) Unkunde des Lesens und Schreibens, ferner Mangel an Geschäftskenntniß giebt eine Excusation gegen solche Vormundschaften, bey deren Führung diese Mängel hinderlich seyn würden[x]).

15) Wer nicht an dem Ort, wo er als Vormund bestellt wird, domicilirt, kann sich excusiren[y]).

16) Gegen die Administration solcher Güter, die in einer anderen Provinz oder 100 Millien von dem Wohnort des Vormunds liegen, kann er sich excusiren (nicht schlechthin gegen die ganze Vormundschaft)[z]). Heutzutage ist es in das richterliche Ermessen zu stellen, welche Entfernung diese Excusation giebt.

17) Der gewesene Tutor kann sich gegen die Curatel über dieselbe Person excusiren[aa]). Soweit diese Excusation dem gewesenen Vormund über einen Unmündigen gegen die Vormundschaft über den Minderjährigen gegeben ist, ist sie heutzutage unanwendbar, da die Vormundschaft über den Unmündigen und den Minderjährigen eine und dieselbe ist. Der einem Unmündigen gegebene Vormund bleibt Vormund bis zur Großjährigkeit des Mündels, und jene Excusation kann schon deswegen nicht Statt finden, weil sie keine solche ist, die zur Deposition einer Vormundschaft berechtigt. Wohl aber findet diese Excusation noch Anwendung, wenn der gewesene Altersvormund zu einer anderen Vormundschaft (z. B. cura prodigi oder furiosi) über dasselbe Individuum berufen wird.

18) Excusiren kann sich der, welchen der Vater des Pupillen aus Feindschaft, um ihm eine Last aufzubürden, zum Vormund bestellt hat[bb]).

19) Eine Excusation giebt ein Erbschaftsstreit, den der zum Vormund bestimmmte mit dem Mündel hat[cc]). In der Regel wird ein

u) L. 7. 15 §. 15, L. 40 §. 1 eod.
v) §. 7 I., L. 10 in f. 11. 40 pr. D. eod.
w) §. 13 I., L. 2 pr. §. 1 D. eod.
x) §. 8 I., L. 6 §. ult. D. eod.
y) L. 46 §. 2 eod.
z) L. 10 §. 4, L. 21 §. 2. 3 eod.
aa) §. 18 I., L. 16 D., L. 20 C. eod.
bb) §. 9 I., L. 6 §. 17 D. eod.
cc) §. 4 I., L. 21 pr. D. eod.

solcher Streit freilich die Bestellung zum Vormund hindern, ohne daß erst die Excusation abgewartet wird (er wird eine s. g. excusatio necessaria seyn), was auch bey manchen anderen der hier aufgezählten Excusationen nach Umständen der Fall seyn kann.

§. 342.

Es giebt auch Excusationen gegen schon übernommene Vormundschaften, Gründe, aus denen eine Vormundschaft niedergelegt werden kann. Diese sind

1) Entfernung im Dienst des Staats, sofern der Vormund dadurch über das Meer geführt wird, denn außerdem wird nur für die Zeit seiner Entfernung ein interimistischer Vormund bestellt[dd]).

2) Aufnahme in den geheimen Rath des Fürsten[ee]).

3) Verarmung und Krankheit s. §. 341, 11 und 12.

4) Veränderung des Domicils mit Erlaubniß des Regenten, wofern dieser die von dem Impetranten geführte Vormundschaft gekannt hat[ff]). Bey einer Veränderung auf Befehl des Regenten ist diese Kenntniß natürlich nicht erforderlich.

d. Antritt der Vormundschaft.

§. 343.

Vormund ist jemand, sowie ihm die Vormundschaft vollkommen deferirt worden[a]), und er Kenntniß von dieser Delation erhalten hat; von diesem Augenblick an ist die Obligatio zwischen ihm und dem Mündel entstanden[b]). Gleich beym Antritt ist er verpflichtet: 1) ein Inventarium zu errichten[c]); 2) zur Caution durch Bürgen[d]), vor

dd) L. 11 §. 2 D. de minor. (4, 4), §. 2 I. h. t. (1, 25), L. 10 §. 2 D. eod. (27, 1), L. 1 C. si tut. reipubl. c. (5, 64).

ee) L. 11 §. 2 D. de minor. (4, 4).

ff) L. 12 §. 1 D. h. t. (27, 1).

a) Vgl. L. 58 §. 2 D. de admin. tut. (26, 7).

b) L. 1 §. 1 eod.: Ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat. Id enim a D. Marco constitum est, ut, qui scit se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset. Bey der Dativvormundschaft erst mit der officiellen Bekanntmachung durch die bestellende Obrigkeit, L. 13 §. 1 D. de excusat. (27, 1), Cod. V. 55: si tutor vel curator non gesserit.

c) L. 7 pr. D. de admin. tut. (26, 7), L. ult. §. 1 C. arbitr. tut. (5, 51).

d) Inst. I. 24: de satisdatione tutorum vel curatorum. Dig. XLVI. 6: rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Cod. V. 42: de tutore vel curatore qui satis non dedit. R. P. O. 1577 Tit. 32 §. 3 (L. 3 D. de confirm. tut. 26, 3, pr. I. h. t.).

deren Stellung er kein Administrationsrecht hat[e]); 3) den Vormundschaftseid zu leisten[f]); 4) das Tutorium oder Curatorium, d. h. das obrigkeitliche Decret, wodurch ihm die Administration übertragen wird, der er sich ohne dasselbe nicht unterziehen darf, auszuwirken[g]).

e. Beendigung der Vormundschaft[a]).

§. 344.

Die Vormundschaft über ein gewisses Subject überhaupt endigt sich 1) durch den Tod des Mündels, 2) durch seine Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, 3) wenn die Eigenschaft des Mündels aufhört, welche die Vormundschaft veranlaßt, entweder a) ipso iure mit dem Eintritt dieser Veränderung, so die Vormundschaft wegen Alters durch Erreichung der Pubertät oder der Großjährigkeit[b]), die Vormundschaft wegen Wahnsinns durch Genesung des Curanden[c]) oder b) durch ein obrigkeitliches Decret, so nach heutigem Recht die Vormundschaft über einen Prodigus, ferner die Vormundschaft ex aliis causis.

---

e) L. 7 §. 1. 2 D. de cur. fur. (27, 10), L. 3 C. h. t. (5, 42).

f) R. P. O. a. a. O. (Nov. 72 c. 8). (Die neuere Praxis und zum Theil die neueren Gesetzgebungen fordern nur noch ein Handgelöbniß. Rudorff II. S. 231, Sintenis III. §. 148 Anm. 13, Seuffert §. 499, die französische verlangt selbst dieses nicht mehr. R.)

g) R. P. O. 1577 Tit. 32 §. 2: „Das ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testamentsweis verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen.“ Dieß ist es, was man sehr unpassend confirmatio ex iure germanico genannt, und was Veranlassung zu der Meinung gegeben hat, es gebe heutzutage nur eine obrigkeitliche Bestellung der Vormünder. Aber schon vor der Ertheilung dieses Decrets kann jemand Vormund, und eben deshalb als solcher verpflichtet seyn, dasselbe auszuwirken; er haftet für den Nachtheil, der durch ein Säumniß von seiner Seite entsteht.

a) Inst. I. 22: quibus modis tutela finitur. Cod. V. 60: quando tutores vel curatores esse desinant. V. 48: ut causae post pubertatem adsit tutor. Inst. I. 26. Dig. XXVI. 10. Cod. V. 43: de suspectis tutoris et curatoribus.

b) L. 1 §. 3, L. 2. 3 pr. D. de minor. (4, 4). Nach heutigem Recht (s. oben §. 334) endigt sich diese Vormundschaft überhaupt erst durch die Großjährigkeit, sey diese übrigens wirklich, oder durch venia aetatis erreicht; im letzteren Fall braucht die Concession des Regenten die Befreiung von der Vormundschaft nicht besonders auszudrücken.

c) L. 6 C. de cur. fur. (5, 70). Nach R. R. gilt dieß auch von der Vormundschaft über den Prodigus, L. 1 pr. D. de cur. fur. (27,10), anders nach heutigem Recht. (Vgl. Preuß. Landr. II. §. 815—819. 856—859. Cod. Nap. a. 512. R.)

§. 345.

Die Vormundschaft eines Vormunds, ohne Befreiung des Mündels von der Vormundschaft überhaupt (die Vormundschaft wäre denn von Seiten des Mündels freiwillig) endigt sich 1) durch den Tod des Vormunds[d]); 2) durch eine eintretende Unfähigkeit[e]); 3) durch Niederlegung, wo diese dem Vormund gestattet ist (§. 336 g. E. §. 342), die Beendigung setzt hier stets ein obrigkeitliches Decret voraus; 4) in Folge der besonderen Art der Bestellung durch den Eintritt des Endtermins oder der Resolutivbedingung[f]), durch Wegfallen der Veranlassung bey interimistischen Vormundschaften, und Vormundschaften für einzelne Geschäfte; 5) durch Remotion des Vormunds: das Remotionsverfahren kann durch eine öffentliche Anklage (suspecti postulatio), oder auch in Ermangelung derselben von Amtswegen eingeleitet werden[g]); während desselben wird dem Angeschuldigten die Administration untersagt und ein Interimsvormund bestellt[h]); die Absetzung kann begründet werden a) durch Dolus oder Culpa lata hinsichtlich der Administration, deren Aeußerung nicht blos Thätigkeit, sondern auch Unthätigkeit seyn kann, und dann hat sie, wenn dieser Grund im Decret genannt ist, Infamia zur Folge[i]), b) durch Untauglichkeit und

---

d) §. 3 I. h. t. (1, 22).

e) S. §. 335. — Die Agnatentutel endigte sich durch den Verlust der Agnation, also durch capitis deminutio des Tutors, L. 5 §. 5 D. de legit. tut. (26, 4). Denselben Sinn hat auch L. 7 pr. D. de cap. min. (4, 5): Tutelas enim non amittit capitis minutio, exceptis his, quae in iure alieno personis positis *(non)* deferuntur. igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex senatusconsulto erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur, eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. Ex novis autem legibus et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur, ut ecce deferunt hereditatem senatusconsulta matri et filio. Huschke, Rhein. Museum VII. 3, 2. Manche wollen diesen Sinn vergebens ohne die haloandrische Emendation *non* deferuntur aus der Stelle ziehen. Andere (z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 587 Note 5) haben darin den Satz gefunden, daß die einem Filiusfamilias übertragene Vormundschaft zwar nicht durch capitis deminutio überhaupt, denn diesem würde L. 11 D. de tut. act. (27, 3) widersprechen, aber durch seinen Uebergang in eine andere väterliche Gewalt sich endige. Für diesen Satz würde sich zwar ein plausibler materieller Grund auffinden lassen, aber er kann nicht in jene Stelle ohne Gewalt gegen ihren Ausdruck und inneren Zusammenhang gelegt werden.

f) §. 2. 5 I. h. t. (1, 22).

g) L. 1 §. 6. 7, L. 3 §. 4 D. de susp. tut. (26, 10).

h) L. 7 C. eod. (5, 43).

i) §. 5. 6 I. eod. (1, 26), L. 3 §. 5. 13—17, L. 7 §. 1—3 D. eod. (26, 10), L.

geringere Nachlässigkeit, wenn sie von der Beschaffenheit ist, daß sie den Interessen des Mündels Nachtheil droht, hier geschieht die Remotion ohne Ehrenminderung[k]). Das Vergehen muß immer während der Vormundschaft, von welcher der Angeschuldigte removirt werden soll, geschehen seyn[l]).

f. Obervormundschaft.

§. 346.

Das Amt der Obervormundschaft hat jede mit ordentlicher Gerichtsbarkeit versehene Behörde, sofern nicht eine andere Einrichtung getroffen ist. Die Competenz wird durch das Domicilium des Mündels, oder was dessen Stelle vertritt, begründet, auch hinsichtlich der anderswo belegenen Güter[a]). Nur wenn wegen eines entfernten Gutscomplexes ein besonderer Vormund bestellt wird, ist für diese zweyte Vormundschaft der iudex rei sitae Obervormund[b]).

g. Amt des Vormunds.

§. 347.

Der allgemeine Inhalt des vormundschaftlichen Amts besteht in der Administration des Vermögens[a]) und in der Fürsorge für die persönlichen Verhältnisse des Mündels (körperliches und geistiges Wohl), soweit sie einer solchen bedürfen[b]) (§. 333). Diese persönlichen Verhältnisse stehen unter der unmittelbaren Direction der Obervormundschaft[c]). Die Administration aber ist der Hauptheil des vormundschaftlichen Amts, und der, auf welchen die Obligatio zwischen Mün-

---

2. 9 C. eod. (5, 43). Streitfrage: ob die Ehrenminderung auch bey culpa lata eintritt, Rudorff, Vormundsch. III. S. 199.

k) §. 6 I. eod., L. 3 §. 12. 18, L. 4 D. eod.

l) L. 3 §. 5—11 eod. Eine Ausnahme enthält L. 3 §. 8 eod. Rudorff, Vorm. III. S. 193 ff.

a) L. un. C. ubi pet. tut. (5, 32), L. 5 §. 12 D. de reb. eor. (27, 9).

b) L. 27 pr. D. de tut. dat. (26, 5).

a) Dig. XXVI. 7: de administratione et periculo tutorum vel curatorum, qui gesserint vel non, et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. Cod. V. 37: de administratione tutorum vel curatorum et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda. 38: de periculo tutorum et curatorum. 55: si tutor vel curator non gesserit.

b) Dig. XXVII. 2: ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis. Cod. V. 49: ubi pupilli educari debeant. 50: de alimentis pupillo praestandis.

c) L. 1. 3. 5 D. ubi pup. (27, 2).

del und Vormund sich bezieht[d]). Der Vormund prästirt diligentia nach dem Maßstab der Verwaltung seines eigenen Vermögens[e]). In der Administration liegen theils Rechtsgeschäfte, über deren Vornahme der Vormund zu entscheiden hat[f]), und die er sodann selbst wieder vornehmen, oder von dem Mündel vornehmen lassen kann, in welchem Fall jene (an sich möglicherweise auch nachfolgende) Entscheidung consensus heißt, theils sonstige Handlungen, welche die Verwaltung fordert (§. 348 ff.).

Bei dem Tutor kommt zu diesen Functionen noch die Mitwirkung bey den Rechtsgeschäften des Pupillen, deren der Impubes für sich nicht fähig ist, die auctoritas tutoris[g]), wodurch der natürlichen Handlung des Pupillen der Charakter einer juristischen ertheilt wird[h]). Die Auctoritas ist eine von dem anwesenden Vormund mündlich erklärte Ermächtigung des Pupillen, sie ist ein Theil des Acts selbst[i]); daraus folgt, daß der Tutor sie nicht in rem suam, d. h. für ein Geschäft, durch welches er erwerben soll, interponiren kann[k]).

---

d) Vgl. Gai. I. 190. 191.

e) L. 1. pr. D. de tut. act. (27, 3): In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio praestando dolum et culpam et quantum in rebus suis diligentiam (Ulp.). Nov. 72 c. 8, L. 32 §. 6 D. de admin. tut. (26, 7). Vgl. L. 10 eod.: Generaliter quotiescunque non fit nomine pupilli, quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi; sive igitur solutionem sive iudicium sive stipulationem detrectat, defendi non videtur (Ulp.). L. 33 pr. eod.: A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet (Callistr.). L. 53 §. 3 D. de furtis (47, 2): Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa eius res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit, vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblato satisdatione solus administrationem suscepit (Paul.).

f) L. 22. 23. 27 D. de adm. tut. (26, 7), L. 11. 17 D. de auct. tut. (26, 8).

g) Inst. I. 21: de auctoritate tutorum. Dig. XXVI. 8: de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. Cod. V. 59: de auctoritate praestanda.

h) L. 1 §. 2 D. de adm. tut. (26, 7), L. 5 D. de R. I. (50, 17).

i) L. 8. 9 §. 5 D. de auct. tut. (26, 8).

k) L. 1 pr. eod.: Quamquam regula sit iuris civilis, in rem suam auctorem tutorem fieri non posse, tamen potest tutor proprii sui debitoris hereditatem adeundi pupillo auctoritatem accommodare, quamvis per hoc debitor eius efficiatur; prima enim ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat, per consequentias contigit, ut debitum subeat; se tamen auctore ab eo stipulari non potest. Et cum quidam auctoritatem accommodaret pupillae suae, ut servo suo stipulanti sponderet, D. Pius Antonius rescripsit, iure pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est, dandam actionem. Sed si auctor fiat, ut filio

Einzelnheiten der Administration.

§. 348.

In der vormundschaftlichen Verwaltung liegt vor allem die Sorge für die Erhaltung des gegenwärtigen Vermögens (custodia rerum). Dahin gehört das Eintreiben der Zinsen[a]), schlechtstehender Forderungen, Bezahlung drückender Schulden, Veräußerung von Sachen, die dem Verderben ausgesetzt, also anders nicht zu erhalten sind[b]), ohne daß der Vormund durch Vorschriften des Vaters bey der Besorgung dieser Geschäfte gebunden oder entschuldigt würde[c]).

§. 349.

Der Vormund ist verpflichtet, auch in Beziehung auf die Vermehrung des Vermögens seiner Verwaltung die Richtung zu geben, welche sie unter dem Mündel selbst, wenn dieser dazu vollkommen tüchtig wäre, nehmen würde. Die Thätigkeit des Vormunds kann aber nur für die ordentliche und gemeine Vermehrung[d]) durch fruchtbringende Anlegung des Vermögens in Anspruch genommen werden, namentlich also durch sichere Anlegung der Pupillengelder[e]), wozu ihm sechs Monate von der Uebernahme der Vormundschaft an, und zwey Monate in Beziehung auf Gelder, die während der Vormundschaft eingehen, als „laxamentum temporis" gestattet werden, nach deren Ab-

---

suo quid tradatur, nulla erit auctoritas, evidenter enim sua auctoritate rem adquirit. L. 1 §. 13. 14 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Fuit quaesitum, si ipsi tutori rogatus sit restituere pupillus, an ipso auctore restitutionem facere possit? et est decretum a D. Severo, non posse tutori se auctore restituere hereditatem, quia in rem suam auctor esse non potest. Curatori tamen adolescentis ab adolescente poterit restitui hereditas, quoniam necessaria non est auctoritas ad restitutionem. L. 5 pr. §. 2, L. 7 §. 2 D. de auct. tut. Für den Consens des Curators, der ein bloßer Administrationsact ist, gilt die Regel nicht.

a) Er muß die nicht eingetriebenen verzinsen, wenn sie hätten angelegt werden können, vgl. §. seqn.

b) L. 7 §. 1, L. 9 §. 5, L. 15. 50 D. de adm. tut. (26, 7).

c) L. 5 §. 8. 9 eod.

d) Nicht zu einer besonderen Erwerbsthätigkeit ist der Vormund verpflichtet, L. 47 §. 6 eod., obwohl er, wenn er aus einem anderen Grund dazu verpflichtet ist, durch seine Eigenschaft als Vormund natürlich nicht davon befreit wird, L. 58 pr. eod. Ein anderes ist die Sorge für die Fortführung eines Gewerbes, das einen Bestandtheil des Vermögens ausmacht, durch Geschäftsführer.

e) Im R. R. wird der Vormund zuerst zur Anlegung durch Ankauf von Grundstücken, und erst wenn diese nicht thunlich ist, zur verzinslichen Anlegung angewiesen, L. 3 §. 2, L. 5 pr., L. 7 §. 3 eod. Dieß ist aber lediglich als eine wirthschaftliche, nicht als eine rechtliche Vorschrift zu betrachten; sie gilt nur, wenn die Umstände sie wirthschaftlich rechtfertigen.

lauf er selbst die landesüblichen Zinsen entrichten muß, wenn er nicht die Unmöglichkeit der sicheren Anlegung nachweist[f]). Die Bestimmungen Justinian's, wodurch er die Vormünder von dieser Verbindlichkeit zur Anlegung der Gelder entband, von dem Nothfall des Mangels anderer Einkünfte zur Erhaltung des Mündels abgesehen[g]), werden heutzutage nicht angewendet.

§. 350.

Ausgaben von dem Vermögen des Mündels hat der Vormund zu machen, soweit sie unter den Begriff der Administration fallen, und sich als nothwendig oder nützlich darstellen. Dahin gehört die Zahlung von Schulden des Pupillen, die er, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, ohne eine Klage abzuwarten, zu machen hat, vornehmlich wenn Geld vorräthig ist, und die Schulden drückend sind, auch an sich selbst, wenn er Gläubiger des Mündels ist[h]). Ferner hat er die Verwaltungskosten, sodann die des Haushalts und die Erziehungskosten des Mündels, wie sie von der Obrigkeit festgesetzt oder dem Vermögen und Stand des Pupillen angemessen sind, aus dem Vermögen zu bestreiten[i]). Ausgaben, die auf bloßer Liberalität beruhen, kann der Vormund nicht in Rechnung bringen, sie wären denn von der Art, daß der Mündel einer Unsittlichkeit sich schuldig machen würde, wenn er nach Beendigung der Vormundschaft sie bestreiten wollte[k]).

§. 351.

Ein Bestandtheil der vormundschaftlichen Administration ist die Befugniß zu veräußern, nicht blos so, daß der Vormund den Mündel handeln läßt, mit seinem Consens oder seiner Auctoritas, sondern auch so, daß er selbst für sich allein die Veräußerung vornimmt[l]). Nur Schenkung ist ausgenommen, da dieses Geschäft kein Administrationsact ist[m]). Ferner ist dem Vormund bei Strafe des Quadruplums

f) L. 7 §. 11, L. 15 eod. (vgl. noch §. 228). Der Vormund gilt ferner für säumig, sowie er eigene Gelder vortheilhaft angelegt hat, L. 13 §. 1 eod.

g) Nov. 72 c. 6—8. Vgl. Glück, Comment. XXX. S. 315 ff.

h) L. 9 §. 5. 6 D. de adm. tut. (26, 7).

i) L. 1 §. 7—9 D. de tut. act. (27, 3), L. 2. 3 D. ubi pup. (27, 2).

k) L. 12 §. 3, L. 13 §. 2, L. 22 D. de adm. tut. (26, 7), L. 1 §. 2. 4—6 D. de tut. act. (27, 3).

l) L. 7 §. 3 D. pro emt. (41, 4), L. 12 §. 1 D. de adm. tut. (26, 7).

m) L. 17 D. de cur. fur. (27, 10). Curator furiosi nullo modo libertatem praestare potest, quod ea res ex administratione non est. nam in tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat, et ideo si donandi causa alienet, neque traditio quidquam valebit, nisi ex magna uti-

(wie auch anderen Verwaltern fremder Güter) verboten, Güter des Mündels heimlich an sich zu bringen (z. B. durch untergeschobene Personen), während er bona fide und palam allerdings kaufen kann (natürlich eine andere Person, z. B. Mitvormund oder Pfandgläubiger als Verkäufer vorausgesetzt) [n]).

Jene Veräußerungsbefugniß ist indessen, anfangs durch eine oratio Severi in Beziehung auf praedia rustica und suburbana, später aber in viel größerer Ausdehnung, bedeutend beschränkt worden [o]). Jede Veräußerung einer Sache oder eines Rechts des Mündels — und Veräußerung wird hier in einem möglichst weiten Sinn genommen [p]) — setzt zweierley zu ihrer Gültigkeit voraus, 1) eine iusta causa, welche durch obervormundschaftliche Untersuchung constatirt werden, und ein dringendes Bedürfniß der Veräußerung in sich schließen muß [q]), 2) ein obervormundschaftliches, auf jene Untersuchung erlassenes, und in angegebener Art begründetes Decret, welches auch zugleich über die

litate furiosi hoc cognitione iudicis faciat. L. 12 eod., L. 1 §. 1. 2 D. de tut. act. (27, 3), L. 22 D. de adm. tut. (26, 7).

n) L. 5 §. 2—6, L. 6 D. de auot. tut. (26, 8), L. 5 C. de contr. emt. (4, 38), L. 34 §. 7, L. 46 D. eod. (18, 1).

o) Dig. XXVII. 9: de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis. Cod. V. 71: de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. 72: quando decreto opus non est. 73: si quis ignorans rem minoris esse sine decreto comparaverit. 74: si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit. L. 22. 25. 27. 28 C. de adm. tut. (5, 37). (Bachofen, Veräußerungsverbot der oratio Severi, ausgew. Lehren 1848. Num. 4. R.)

p) L. 3 §. 5 D. de reb. eor. (27, 9): Nec ususfructus alienari potest, et si solus fuit ususfructus pupilli. An ergo hic nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere. Sed si proprietatem habeat pupillus, non potest usumfructum vel usum alienare, quamvis oratio nihil de usufructu loquatur. Simili modo dici potest, nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti. Quod et in fundo dotali placuit. L. 5 §. 8 eod.: Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest; esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat. L. 1 §. 4, L. 5 §. 2. 3, L. 7 pr. eod., L. 4. 17 C. de praed. min. (5, 71). Auch Zahlungen der Schuldner, L. 25 C. de adm. tut. (5, 37). Außerdem aber sind nur freiwillige Veräußerungen in dem Verbot begriffen, L. 1 §. 2, L. 3 §. 1. 2, L. 5 §. 4. 6 D. de reb. eor., L. 17 C. de praed. min., L. 28 §. 3 C. de adm. tut. Gewöhnlich werden die Fälle dieser Stellen ungenau als besondere Ausnahmen von der Veräußerungsbeschränkung aufgezählt. (Ueber die Provocation des Miteigenthümers insonderheit vgl. Seuffert's Archiv XIII. 149. XVI. 59. R.)

q) L. 5 §. 9. 10. 14, L. 13 D. de reb. eor. (27, 9), L. 5 C. de praed. min. (5, 71). Die Praxis läßt zweckmäßig auch bloße Nützlichkeit als Grund bey beweglichen Sachen zu, s. z. B. Stryk, U. M. P. XXVII. 9, 3.

Art der Veräußerung entscheidet[r]). Ausgenommen von dieser Beschränkung sind unbedeutende, unbrauchbare, der Aufbewahrung nicht fähige Gegenstände, Früchte, die Einnahme jährlicher, nicht über zwey Jahre rückständiger Gefälle, und die regulären Ausgaben. Außerdem werden jene Erfordernisse noch ersetzt durch (natürlich nicht erschlichene) Erlaubniß des Regenten[s]) und durch Erlaubniß des Testators, von dem die Sache an den Mündel gekommen ist[t]), auch ist verordnet, daß die Belegung der Sache mit einem Pfandrecht zu Gunsten eines anderen Mündels, mit dessen Geld sie angeschafft ist, gültig seyn soll[u]).

Wenn der Mündel es nicht vorzieht, wegen des erlittenen Nachtheils sich an den Vormund zu halten[v]), so kann er auf den veräußerten Gegenstand mit den Rechtsmitteln klagen, die ihm ohne die Veräußerung zu Gebote stehen würden[w]), wobey dem Beklagten der Beweis der Erwerbung, also des Decrets, dem Kläger dagegen, wenn er dessen Mangelhaftigkeit einwendet, der Beweis dieser Mängel obliegt[x]). Der Beklagte hat eine Einrede, 1) soweit der Kläger sich auf seine Kosten bereichern will[y]), 2) wenn der Kläger die Veräußerung durch Eid bestärkt[z]), oder nach erreichter Volljährigkeit ratihabirt hat[aa]), und dieselbe Wirkung soll es haben, wenn 3) fünf Jahre nach erreichter Volljährigkeit abgelaufen sind, ohne daß die Veräußerung angefochten worden ist[bb]).

Administration mehrerer Vormünder[a]).

§. 352.

Wenn mehrere als Vormünder, contutores, bestellt worden sind[b]), so kann einem oder mehreren von ihnen die Verwaltung vorzugsweise

r) L. 5 §. 10 D. de reb. eor.
s) L. 2 C. quando decr. (5, 72).
t) L. 1. 3 C. eod., L. ult. D. reb. eor. (27, 9).
u) L. 3 pr. eod.
v) L. 10 eod.
w) L. 5 §. 15 eod.
x) L. 13 §. 2 D. de publ. act. (6, 2), L. 1 §. 2 D. de reb. eor. (27, 9), L. 5 C. de praed. min. (5, 71), L. 2 C. si quis ignorans (5, 73).
y) L. 13 D. de reb. eor., L. 10. 14. 16 C. de praed. min., §. 2 I. quib. alien. licet (2, 8). Auch der Fall der L. 7 §. 5. 6 D. de reb. eor. ist hierher zu rechnen.
z) Auth. Sacram. pub. C. si adv. vend. (2, 28),
aa) L. 2 C. si maior factus ratum (2, 46).
bb) L. 3 C. si maior factus alienat. (5, 74).
a) Dig. XXVI. 7: de adm. tut. — et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. Cod. V. 40: si ex pluribus tutoribus vel curatoribus omnes vel unus agere pro minore vel conveniri possint. 52: de dividenda tutela et pro qua parte quisque tutorum conveniatur.
b) Unterscheide davon, wenn für einen Mündel mehrere Vormundschaften an-

übertragen seyn, tutores gerentes[c]); die übrigen heißen honorarii, mit der Aufsicht auf den gerens und daher auch mit Haftung[d]). Schon in dieser Aufsicht liegt eine Theilnahme an der Administration, aber auch eine unmittelbare Thätigkeit dafür ist nach R. R. nur durch eine obrigkeitliche Untersagung der Administration ausgeschlossen[e]), nach heutigem Recht allerdings schon dadurch, daß sie ihnen nicht übertragen ist (§. 343 a. E.).

Mehrere gerentes können in einem doppelten Verhältniß stehen, entweder ist die Verwaltung unter sie getheilt, tutela divisa[f]), wodurch jedem sein besonderer Verwaltungszweig zugewiesen, aber ihre Eigenschaft als Mitvormünder keineswegs aufgehoben ist, indem jeder in Beziehung auf den Geschäftsantheil des Anderen die Rolle eines honorarius hat[g]), oder sie ist allen ungetheilt übertragen[h]), so daß

geordnet werden, so wegen eines entfernten Gütercompleres, L. 21 §. 2 D. de excus. (27, 1), hier besteht keine Verbindung unter den Vormündern. Ferner wenn ein Vormund für ein besonderes Geschäft hinzubestellt wird, weil der Vormund an dessen Besorgung, oder wenigstens an der zuverlässigen gehindert ist (z. B. Nov. 72 c. 2), oder ein interimistischer für die ganze Verwaltung während einer Abhaltung des ordentlichen Vormunds. Auch in diesen Fällen stehen diese Vormünder nicht in Verbindung mit einander.

c) L. 3 D. h. t. (26, 7), §. 1 I. de satisd. tut. (1, 24), L. 17 D. de testam. tut. (26, 2).

d) L. 3 §. 2 D. h. t. (26, 7).

e) L. 14 §. 1 D. de solut. (46, 3): Sunt quidem tutores qui honorarii appellantur, sunt qui rei notitiae causa dantur, sunt qui ad hoc dantur, ut gerant, et hoc vel pater adiicit, ut unus puta gerat, vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel praetor ita decernit. Dico igitur cuicunque ex tutoribus fuerat solutum, etsi honorariis, nam et ad hos periculum pertinet, recte solvi, nisi interdicta eis fuerit a praetore administratio —. L. 14 §. 6 eod.: Ei, qui notitiae gratia datus est, an recte solvatur, videndum est, quia ad instruendos contutores datur. Sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem contingere. Nicht durchaus fällt damit zusammen die Frage der Auctoritas, L. 49 D. de adqu. her. (29, 2): (Africanus) pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait. L. 4 D. de auct. tut. (26, 8): Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen, si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet. Et ideo puto verius esse, quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominium me non posse fieri. Item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus, neo enim id ratum haberi (Pompon.). Wegen der verschiedenen Meinungen über diese Stellen s. Glück, Comment. XXIX. S. 184 ff. XXXIII. S. 102 ff.

f) L. 3 §. 9, L. 4. 51 D. h. t. (26, 7), L. 2 C. de divid. tut. (5, 52).

g) L. 2 C. cit., L. 1 §. 15 D. de tut. act. (27, 3), L. 19. 41 D. h. t. (26, 7).

h) L. 3 §. 8 eod.

jeder vollständig die Verwaltung hat[i]), auch mit dem Recht, den anderen eine Handlung zu verbieten, eben darum aber auch vollständig haften muß[k]).

b. Klagen wegen der Administration[a]).

§. 353.

Aus der Obligatio zwischen Vormund und Mündel entsteht die tutelae actio (utilis actio bey der Cura), deren Gegenstand die gesammte Administration, und die daher erst nach Beendigung der Vormundschaft möglich ist[b]). Sie geht auf Rechnungslegung über die gesammte Verwaltung[c]), auf Herausgabe des Vermögens und Ersatz alles vom Vormund zu prästirenden Nachtheils. Die Klage kann, wegen unerledigter Punkte, mehrmals angestellt werden, wegen dolus und culpa lata wird der Pupill zum iusiurandum in litem gelassen[d]). Hat der Vormund eine Sache unterschlagen, so kann statt der tutelae actio die actio rationibus distrahendis gebraucht werden, die auf das

i) L. 24 §. 1 eod., L. 7 §. 3 D. de cur. fur. (27, 10). Auch kann (nach justinian. Recht) jeder allein die Auctoritas interponiren, ausgenommen zu einem die Vormundschaft endigenden Geschäft, L. 5 C. de auctor. (5, 59).

k) L. 55 pr. §. 3 D. h. t. (26, 7). Modificationen der gleichmäßigen Haftung, L. 39 §. 11 eod., L. 1 §. 10—14 D. de tut. act. (23, 3), L. 3 C. de divid. tut. (5, 52).

a) Dig. XXVII. 3: de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione. XXVII. 7: de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum. Cod. V. 51: arbitrium tutelae. 53: de in litem iurando. 54: de heredibus tutorum vel curatorum. 57: de fideiuss. tut. vel cur. 46: si mater indemnitatem promisit. — Dig. XXVI. 4: de contraria tutelae et utili actione. Cod. V. 58: de contrario iudicio tutelae.

b) L. 4 pr. L. 9 §. 1. 4. 5. 7 D. de tut. act. (27, 3).

c) L. 1 §. 3 eod., L. 9 C. arb. tut. (5, 51). Es giebt keinen tutor anecloglstus; auch der Vater, der den Vormund bestellt hat, kann die Rechnungsablegung nicht erlassen: nemo enim ius publicum remittere potest, L. 5 §. 7 D. de adm. tut. (26, 7). Die jährliche Rechnungslegung schließt die Endrechnung nicht aus, jene fordert die Obervormundschaft, diese der Pupill selbst.

d) L. 1 D. de tut. act. (27, 3), L. 7 pr. D. de adm. tut. (26, 7). Die Erben des Vormunds haften schlechterdings, wenn sie in iudicium succediren, außerdem nur wegen dolus und culpa lata ihres Erblassers, L. 1 §. 16 D. de tut. act., L. 39 §. 6 D. de adm. tut., L. 4 D. de mag. conv. (27, 8), L. 1 C. de hered. tut. (5, 54). Großjährige männliche Erben können zur Vollendung der angefangenen Geschäfte angehalten werden (wie der Vormund selbst, wenn die Vormundschaft bey seinem Leben sich endigt). Wie deshalb, so findet auch wegen sonstiger Verwaltung, der sie sich unterzogen haben, die Tutelklage gegen sie Statt, doch haften sie, wenn es bona fide geschehen ist, nur für dolus und culpa lata. L. 1 pr. 4. 8 D. de fidei. tut. (27, 7).

Doppelte des Werths der unterschlagenen Sache geht[e]). Wegen seiner Gegenansprüche aus der Vormundschaft kann der Vormund entweder compensiren[f]), oder mit der contraria tutelae actio klagen[g]).

§. 354.

Was von dem Vormund, das kann von den Bürgen, durch welche er Caution geleistet, gefordert werden[h]), als Bürgen werden auch die betrachtet, welche die Idoneität des Vormunds dem Gericht bezeugten, affirmatores[i]). Zuletzt können auch die belangt werden, welche den Vormund vorgeschlagen haben, vermöge der Petitionspflicht (§. 339), postulatores[k]), oder vermöge einer Amtspflicht, nominatores[l]). Der Vater, in dessen väterlicher Gewalt der Vormund steht, haftet nach den gewöhnlichen Regeln[m]), in solidum aber, wenn er sich auf irgend eine Art in die Vormundschaft eingemischt hat[n]).

Von Protutoren.

§. 355.

Wer sich, ohne Vormund zu seyn, der vormundschaftlichen Verwaltung unterzieht, tritt gegen den Mündel in dieselbe Obligatio wie

e) L. 1 §. 19 sqq., L. 2 D. de tut. act. (27, 3). (Die heutige Anwendung ist bestritten. Sintenis III. §. 150 Anm. 1. R.)

f) L. 1 §. 4 D. de contr. tut. (27, 4).

g) L. 3. 6 eod. Remuneration? L. 33 §. 3 D. de adm. tut. (23, 7).

h) L. 5 D. de fideiuss. tut. (27, 7), L. ult. D. rem pupilli (46, 6).

i) L. 4 in f. D. de fidei. tut.

k) L. 2 eod. Die Mutter nur, wenn ihr diese Haftung durch das Decret ausdrücklich auferlegt ist, L. 1. 3 C. si mater iudemn. (5, 46).

l) L. 4 C. de mag. couven. (5, 75), L. 1 §. 5. 10 D. eod. (27, 8).

m) L. 1 C. quod. cum eo qui iu al. pot. (4, 26).

n) L. 7 D. de tutel. (26, 1): Si filiusfamilias tutor a praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, iu solidum debet teneri, si uon aguovit, duntaxat de peculio. Agnovisse autem videtur sive gessit sive gerenti filio consensit, sive omnino attigit tutelam. Uude cum quidam filio scripsisset, ut diligenter tutelam gereret, cum scias, inquit, periculum ad nos pertinere, dixi, hunc quoque videri agnovisse. Plaue si solum monuit filium, non videtur agnita (Ulp.). L. 21 D. de adm. tut. (26, 7): Lucius Titius Gaium Seium filiumfamilias testamento filio suo tutorem dedit, Gaius Seius sciente et consentieute patre tutelam administravit; quaero an defuncto Gaio Seio actio tutelae adversns patrem eius et in quantum competat? Marcellus respondit, secundum ea, quae proposita esseut, actione de peculio et de in rem verso patrem teueri, uec multum videri in hoc casu facere patris scieutiam et consensum ad obligandum eum in solidum, uisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum, intercessit, et quasi iu se periculum recepit (Marcell.).

ein wahrer Vormund, aus der die protutelae actio entspringt[a]), aber er hat als Nichtvormund weder Administrationsbefugniß, noch die Fähigkeit, gültige Auctoritas zu interponiren[b]).

i. Vom Obervormund.

α. Amt[a]).

§. 356.

Das Amt des Obervormunds bezieht sich 1) auf die Bestellung (s. §. 335—341) und Einsetzung des Vormunds (s. §. 343. 352). Er hat die datio und confirmatio tutoris und curatoris, die Sorge für die Inventarisation, für die Cautionsleistung[b]), die Abnahme des Vormundschaftseides, endlich hat er nach der Erfüllung dieser Pflichten und nach vorgängiger causae cognitio, wenn sich kein Bedenken findet, das Tutorium oder Curatorium auszufertigen; 2) auf die Führung der Vormundschaft. Hier wird er thätig a) durch Aufsicht auf die Führung überhaupt, die erst im heutigen Recht durch die Vorschrift der jährlichen Rechnungslegung an den Obervormund[c]) vollkommen ausgebildet worden ist; b) durch Mitwirkung bey der Festsetzung der Alimente (s. §. 350) und bey Veräußerungen (s. §. 351); 3) auf die Beendigung der Vormundschaft; diese kann von dem Obervormund ausgehen (bey der Excusation s. §. 342, und bey der Remotion, zu welcher der Obervormund eintretenden Falls verpflichtet ist s. §. 345), bey jeder Beendigung aber hat er die Endrechnung zu prüfen, und, wenn sie richtig befunden wird, den Vormund zu dechargiren.

---

a) Dig. XXVII. 5. Cod. V. 45: de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

b) Dig. XXVII. 6: quod falso tutore auctore negotium gestum esse dicatur. L. 1 §. 5 eod.: Idem Pomponius scribit, etiamsi pro tutore negotia gerens auctoritatem accommodaverit, nihilominus hoc edictum locum habere, nisi forte praetor decrevit, ratum se habiturum id, quod his auctoribus gestum est, tunc enim valebit per praetoris tuitionem, non ipso iure —. L. 10 eod. Si falso tutore (auctore) actum sit et interea dies actionis exierit, aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset. Vgl. Rudorff, Vormundsch. II. S. 297 ff.

a) W. H. Puchta, Handbuch des gerichtl. Verf. in Sachen der freiwilligen Gerichtsb. Thl. II. Abschnitt 3.

b) L. 1 §. 11. 12 D. de mag. conven. (27, 8).

c) R. P. O. 1577 Tit. 32 §. 3.

β. Haftung[a]).

§. 357.

Der Mündel hat die tutelae actio subsidiaria (oder utilis) auf alles, worauf die tutelae actio geht[b]), wenn er zum Ersatz von dem Vormund und den unmittelbar für diesen haftenden Personen nicht gelangen kann, gegen die Behörden, welche die Caution zu besorgen hatten, und nicht gehörig besorgt[c]), oder welche die Bestellung eines Vormunds unterlassen haben[d]), wenn ihnen irgend eine Schuld deshalb zur Last fällt[e]). Nach heutigem Recht ist, in Folge der weiteren Ausbildung des obervormundschaftlichen Amts, eine umfassendere Haftung nach jenen Grundsätzen eingetreten. Der Obervormund haftet für jede Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten, deren Erfüllung zu beweisen ihm zukommt[f]); die Klage gegen ihn setzt aber voraus, theils daß der Obervormund in culpa ist, theils daß der Mündel nicht von dem Vormund das Seinige erhalten kann, sey es wegen Insolvenz desselben und der für ihn haftenden Personen, oder weil der Vormund außer Schuld ist.

8. Oeffentliches Amt[a]).

§. 358.

Der Beamte präftirt dem Gemeinwesen in der Verwaltung seines

a) Dig. XXVII. 8. Cod. V. 75: de magistratibus conveniendis.

b) L. ult. D. h. t.

c) Aus diesem Grund kann sie auch ein Mitvormund haben, L. 2. 3 eod.

d) L. 1 §. 6 eod.

e) §. 2 I. de satisd. tut. (1, 24), L. 1 §. 2. 5. 9. 11 — 13, L. 8 D., L. 1. 5. 6, C. h. t. Haftung Mehrerer, L. 7. 8 D. eod. Haftung der Erben, L. 4. 6 D., L. 2 C. eod. Die höheren Magistratus haften nicht, §. 4 I. de satisd. tut., L. 1 §. 1 D. h. t.

f) L. 1 §. 13 eod. (Das römische Vormundschaftsrecht leidet, vom legislativen Standpunkte aus betrachtet, an einer Fülle von Unvollkommenheiten, welche theils auf der mangelhaften Ausbildung der Obervormundschaft beruhten und daher mit deren Entwicklung im heutigen Recht ausgeglichen sind, §. 356, theils aber ihren Grund in dem elenden Creditsystem hatten, welches die Gesetzgebung Justinian's zu der verzweifelten Vorschrift geführt hat, die Mündelgelder lieber zu deponiren als auszuleihen und aus welchem zugleich die Ausbildung der detaillirten Excusationen §. 340 f. ihren Grund hat, die uns heute kaum noch verständlich ist, vgl. Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie §. 85. R.)

a) Dig. L. 8: de administratione rerum ad civitates pertinentium. Cod. XI. 30: de admin. rerum publicarum. 33: de periculo nominatorum. 34: de per. eorum, qui pro magistratibus intervenerunt. 35: quo quisque ordine conveniatur. 38: de his, qui ex officio quod administrarunt, conveniuntur. (Wegen der heutigen Anwendbarkeit: Funke, Beitr. zur Erört. prakt. Rechtsmat. 1832. Nr. 2 S. 118 f. R.)

Amts culpam omnem[b]), und eine Culpa wird vermuthet, wenn an den Gegenständen seiner Verwaltung ein Verlust eingetreten ist[c]). Er ist zur Rechnungslegung verpflichtet, und die Richtigkeit der Rechnung kann gegen ihn zwanzig, gegen seine Erben zehn Jahre lang angefochten werden (retractatio rationum), wegen eines Rechnungsfehlers auch nach dieser Zeit[d]). Wer den Beamten ernannt oder präsentirt hat, haftet für ihn, doch wird er durch den Nachweis befreit, daß jener zur Zeit der Ernennung für die Ersatzpflicht zahlungsfähig war[e]). Mehrere für ein Amt Bestellte haften bey ungetheilter Verwaltung in solidum, jedoch der unmittelbare Urheber des Nachtheils zuerst[f]), bey getheilter der für das fragliche Geschäft Berufene und seine Erben, sodann seine Bürgen und Ernenner[g]), zuletzt aber auch seine Mitbeamten, wenn sie durch ihre Thätigkeit den Nachtheil verhindern konnten[h]). Für seinen Vorgänger haftet kein Beamter[i]).

C. Gegenseitige Obligationen.

1. Tauschvertrag[*]).

§. 359.

Tauschverträge sind im Allgemeinen alle Verträge, wodurch jeder Contrahent sich zur Leistung eines Gegenstands, als Aequivalent für den von dem anderen zu leistenden, verpflichtet. Im engeren Sinn aber ist ein Tauschvertrag geschlossen, wenn beide Leistungen denselben Charakter, des Preises und der Waare zugleich tragen[b]). Nach heu-

---

b) L. 6 D. h. t. (50, 8).

c) Ja das R. R. verpflichtet ihn hinsichtlich der ausgeliehenen Gelder schlechthin zum Ersatz des Capitals, nur der Ersatz der Zinsen wird von dem Daseyn einer Culpa abhängig gemacht, L. 9 §. 9 eod., L. un. C. de his qui ex officio (11, 38).

d) L. 13 §. 1 D. de div. temp. praescr. (44, 3), L. un. C. de errore calculi (2, 5), L. 8 D. h. t. (50, 8).

e) L. 2 §. 7 eod.

f) L. 1 C. quo quisque ord. (11, 35).

g) L. 2 C. eod.

h) L. 9 §. 8 D. h. t. (50, 8).

i) L. 9 §. 9 eod., L. 23 C. de decurion. (10, 31).

a) Dig. XIX. 4: de rerum permutatione. Cod. IV. 64: de rerum permutatione et praescriptis verbis.

b) L. 1 pr. D. h. t.: Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx; at in permutatione discerni non potest, uter emtor vel uter venditor sit. Multumque differunt praestationes, emtor enim nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo,

tigem Recht[e]) entsteht aus der Uebereinkunft eine gegenseitige Obligatio, wodurch jeder Contrahent verpflichtet ist, den von ihm zu leistenden Gegenstand dem anderen zu eigen zu geben.

2. Kaufcontract[a]).

a. Schließung des Vertrags[b]).

§. 360.

Das Unterscheidende des Kaufcontracts liegt in dem verschiedenen Charakter der Leistungen, zu welchen sich die Contrahenten gegenseitig verpflichten[c]). Der Gegenstand, welchen der Verkäufer in das Vermögen des Käufers zu bringen verspricht[d]), hat die Bedeutung einer Waare, für welche der Käufer seine Leistung als Preis[e]) verspricht,

---

itaque si evicta res non sit, nihil debet. in permutatione vero si utrumque pretium est, utrinsque rem fieri oportet, si merx, neutrius; nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emtionis.

e) Ueber das R. R. s. L. 1 §. 2 D., L. 3 C. h. t. Abweichungen von der Obligatio aus dem Kaufcontract, die mit der Schließung durch res zusammenhängen, L. 1 §. 4 D., L. 1. 5 C. eod., L. ult. D. de cond. causa data (12, 4).

a) Inst. III. 23: de emtione et venditione. Treitschke, der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach R. R. und den wichtigeren neuen Gesetzg. 1838, Thöl, Handelsrecht I. §. 63 — 90. (Rechtsler. VI. S. 10 bis 57. R.

b) Dig. XVIII. 1: de contrahenda emtione, et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt. Cod. IV. 38: de contrahenda emtione et venditione. 40: quae res venire non possunt, et qui vendere vel emere vetantur. 51: de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. 52: de communium rerum alienatione. 54: de pactis inter emtorem et venditorem compositis.

c) L. 1 pr. D. h. t. (18, 1), L. 1 pr. D. de rer. perm. (§. 359 Note b).

d) L. 20. (Verbesserungen des etiam in dieser Stelle: Huschke, Zeitschr. für Civilr. und Proceß IV. [1848] S. 283, Arndts, daselbst VIII. [1851] S. 102 R.) 65 D. h. t., L. 80 §. 3 eod. (§. 148 Note f). Emtio suae rei, L. 16. 18 pr. 34 §. 4 eod. (Emtio rei cuius commercium non est. L. 4. 5. 62 §. 1, L. 40 D. h. t., L. 39 §. 2 D. de evict. (21, 2). Streitig: Verpflichtung des Wissenden 1) aus dem Contract selbst? oder nur wegen culpa in contrahendo? Ihering, Dogm. Jahrb. IV. S. 9 f., S. 63 f.; 2) auf das ganze Interesse? oder nur auf das negative Vertragsinteresse? (quanti interest deceptum non esse?), Mommsen, Beitr. I. S. 118, Windscheid, Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 116 f. — Dagegen: Brandis in Linde's Zeitschr. VII. S. 180 f., Savigny, Obl. II. S. 289 f., Sintenis II. 83, 22, §. 97 7, 7 a, Arndts §. 307 Anm. 7. R.)

e) L. 2 §. 1 eod. Pretium verum, L. 36 eod., L. 8 C. eod. (4, 38), L. 38 D. eod.: Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet. Totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est, quotiens vero viliore pretio res donationis causa di-

eine Bestimmung, welche nur baarem Geld gegeben werden kann[f]). Der Kaufcontract ist geschlossen, wenn die Contrahenten über den Gegenstand (auch wenn dieser ein künftiger ist)[g]) und über den Preis (pretium certum) übereingekommen sind[h]). Die Perfection kann dadurch hinausgeschoben werden, daß sie von einer Prüfung und Billigung der Waare durch den Käufer abhängig gemacht wird, emtio ad gustum, Kauf und Besicht[i]), während der Kauf auf Probe jetzt perfect ist, aber durch einseitiges Belieben des Käufers aufgelöst werden kann[k]). Ein Aufschub der Perfection tritt ferner ein bey Gegenständen,

strahitur, dubium non est venditionem valere. Hoc inter ceteros; inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est. Daß das pretium iustum sey, ist kein Erforderniß, vgl. §. 364. (Ausnahme: Verkauf der Früchte auf dem Halm oder am Stock: R. P. O. Tit. 19 §. 3 „anders und mehreres nicht, als auf den Schlag und gemeinen Kauff, was nemlich der Wein oder Treyd zur Zeit des Contracts, oder aber vierzehn Tag die nächsten nach dem Herbst oder Ernten gelten wird." Seuffert's Archiv XIV. 24. R.)

f) L. 1 pr. §. 1 eod. Aufgabe in anderen Sachen, L. 6 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1): Si vendidi tibi insulam certa pecunia et ,ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias. si autem hoc solum, ut reficeres eam, convenisset, non intelligitur emtio et venditio facta, ut et Neratius scripsit. L. 79 D. h. t. (18, 1). („Die feilgebotene Sache ist als Waare kenntlich, und daher liegt, wenn eine Sache, und nicht Geld, für sie gegeben wird, ein Kauf vor, denn diese Sache nimmt der Verkäufer an Geldes Statt." Thöl, §. 63, 2. L. 1 C. de rer. perm. (19, 4), Caelius Sabinus bey Gai. III. 141. Dieser Gesichtspunkt muß auch in der Streitfrage über den Wechsel baaren Geldes entscheiden. Vgl. Heyer in Linde's Zeitschr. N. F. XVII. S. 42 f. Dagegen: Anthes, das. XVIII. 13. R.)

g) L. 8 eod., L. 20. 39 §. 1 eod.

h) L. 8 pr. D. de peric. (18, 6), L. 7 §. 1, L. 35 §. 1 D. h. t. (18, 1), L. 7 §. 2 eod.: Si quis ita emerit, est mihi fundus emtus centum et quando pluris eum vendidero, valet venditio et statim impletur, habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emtor fundum vendiderit. Preis auf die Aestimation eines Dritten, L. ult. C. eod. (4, 38). (H. G. Klemm, über die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zu Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waaren 1854, Thöl, Handelsrecht I. §. 57 S 194 f., Ube, vom pretium certum beim Kauf und namentlich der Preisbestimmung durch Arbitratoren, Archiv für civ. Pr. LII., N. F. II. (1869) Num. III. S. 96. R.)

i) L. 34 §. 5 D. h. t. (18, 1), L. 4 pr. §. 1 D. de peric. (18, 6). (Stillschweigenden Vorbehalt der degustatio bey dem römischen, aber nicht mehr bey dem heutigen Weinkauf. Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. I. S. 73 f., Fitting, Archiv für civ. Pr. XLVI. S. 241, Thöl, Handelsr. 4. Aufl. S. 431. — Suspensio bedingter Handel auf Probe oder auf Besicht, präsumirt im deutschen Handelsgesetzbuch Art. 339. 347. — Streitfrage: arbitrium boni viri? Unger in Goldschmidt's Zeitschr. III. S. 407 f., oder reine Willkür, „Handel auf Laune"? Fitting, das. V. 90, Archiv für civ. Pr. XLVI. S. 243. 254, Thöl, S. 431, Handelsgesetzbuch Art. 339, Seuffert, Archiv III. 46, X. 40. R.)

k) Nicht zu verwechseln mit dem Kauf nach Probe. Vgl. Cropp, vom Handel auf Besicht, vom Handel nach Probe, Heise und Cropp, jurist. Abhandl. I. 12. 13,

die gemessen werden, vor allem, wenn blos einzelne erst aus dem Ganzen auszuscheidende Theile verkauft werden; die Ausscheidung geschieht durch Zumessung an den Käufer, und dadurch erst wird der Kauf perfect[l]). Eben so wird die Perfection beurtheilt, wenn zwar das Ganze Gegenstand des Kaufs, aber der Preis nach dem Maß bestimmt ist[m]), nicht so, wenn der Preis überhaupt für das Ganze (in aversione, in Bausch und Bogen) bestimmt ist[n]).

Es giebt Fälle, wo jemand zur Abschließung des Kaufvertrags verpflichtet ist, 1) in Folge des ius protimiseos, das einem Anderen

Thöl, Handelsrecht §. 71. 72. (Hesse, über den Kauf nach vorgezeigten Proben, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. III. 4 [1846], Deutsches Handelsgesetzb. Art. 340. 341. 347, Seuffert, Archiv I. 337, II. 169, III. 46, IV. 78, V. 129. 154, VI. 27, VII. 304, VIII. 39, IX. 38, X. 36, XII. 156, XVI. 43. R.).

l) L. 35 §. 7 D. h. t. (18, 1): Sed et si ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere. Nec interest unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulos eos. Vgl. Thöl, Handelsrecht §. 74. (Jhering in den Jahrb. für Dogmatik IV. S. 336 ff. [1861], Bekker, zur Lehre vom Genuskauf im Jahrb. des gem. deutschen Rechts V. 7 S. 350 ff. [1862], Thöl, Handelsrecht §. 75, Archiv für prakt. Rechtswiss. X. S. 312 f. R.)

m) L. 35 §. 5. 3 eod.: In his, quae pondere, numero mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae in ceteris, ut, simulatque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem iuris est, quod in ceteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulas metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emtio perfici? quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, cum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit, si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus.

n) L. 4 §. 1. 2 D. de peric. (18, 6), L. 1 §. 1 eod., L. 2 §. 1 eod.: Custodiam ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam; ut et diligentiam praestet, an vero dolum duntaxat, videamus. Et puto, eam diligentiam venditorem adhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum. L. 62 §. 2 D. h. t. (18, 1), L. 40 §. 2 eod.: Qui agrum vendebat, dixit, fundi iugera decem et octo esse, et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat; viginti inventa sunt. Pro viginti debere pecuniam, respondit.

zusteht, das aber auch nur in Wirkung tritt, wenn der Verpflichtete überall verkaufen will°), 2) in Folge des einem früheren Kaufcontract beigefügten pactum de retrovendendo, wodurch der Käufer sich verpflichtet, dem Verkäufer die Sache zurückzuverkaufen[p]), oder des pactum de retroëmendo, wodurch der Verkäufer sich zum Rückkauf verpflichtet[q]).

b. Actiones emti et venditi[a]).

§. 361.

Die gegenseitigen Forderungen aus dem Kaufcontract gehen theils unmittelbar aus dessen Abschließung in der seinem Begriff entsprechenden Weise hervor, theils werden sie durch hinzukommende Ereignisse und Umstände vermittelt.

Die Forderung des Käufers, die er mit der actio emti geltend macht, geht zunächst auf Ueberlieferung des Gegenstands[b]), nebst den ausdrücklich oder stillschweigend mitverkauften Accessionen[c]), zugleich aber auf das commodum rei[d]), wogegen der Käufer auch die Gefahr

o) Vgl. L. 122 §. 3 D. de V. O. (45, 1), L. 3 C. de iure emphyt. (4, 66), L. 6—8 D. de in diem add. (18, 2).

p) L. 12 D. de praescr. verb. (19, 5), L. 2 C. de pactis inter emt. (4, 54). Streitfragen über die Zeit und den Preis, vgl. Glück, Comm. XVI. S. 206 ff.

q) Streitig ist ein dritter Fall: der suspensiv bedingte Handel nach Belieben. Thöl §. 71 S. 433 f. Im R. R. wurde er als bedingter Kauf behandelt, weil der Vorvertrag nicht klagbar war: daß die Bedingung in der Willkür des Käufers stand (L. 7 pr. D., L. 13 C. h. t.), hinderte die Verpflichtung des Verkäufers nicht. Windscheid I. §. 93 Anm. 1. Im heutigen Recht kann der Käufer, wenn er sich erklärt, auf Abschluß des Kaufs aus dem Vorvertrage klagen. Vgl. deutsches Handelsgesetzb. Art. 339, Arndts §. 301 Anm. 5. R.)

a) Dig. XIX. 1. Cod. IV. 49: de actionibus emti et venditi. Dig. XVIII. 6. Cod. IV. 48: de periculo et commodo rei venditae.

b) L. 11 §. 2. 13 D. de A. E. V. (19, 1): Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, i. e. tradere, quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine satisfactum. Emtor autem nummos venditoris facere cogitur. — Idem Neratius ait, venditorem in re tradenda debere praestare emtori, ut in lite de possessione potior sit, sed Iulianus libro XV digestorum probat, nec videri traditum. si superior in possessione emtor futurus non sit. erit igitur ex emto actio, nisi hoc praestetur. L. 30 §. 1 eod., L. 25 §. 1, L. 28 D. de contr. emt. (18, 1), vgl. L. ult. D. de cond. o. dăta (12, 4), L. 75 §. ult. D. de V. O. (45, 1). (L. 9, L. 41 §. 1 D. de evict. [21, 2], Fr. Vat. §. 12, L. 18 §. 1 D. de per. [18, 6], L. 24 C. de evict. [8, 45]. R.)

c) L. 47—49. 67 D. de contr. emt. (18, 1). S. §. 37.

d) S. §. 272.

des Zufalls trägt[e]), der Verkäufer ist zur diligentia, also auch zur custodia verpflichtet[f]). Der Verkäufer fordert mit der actio venditi den Kaufpreis, der in sein Eigenthum gebracht werden muß[g]), und den Ersatz seiner Verwendungen seit der Schließung des Vertrags[h]).

Die Forderungen können erweitert werden durch pacta adiecta (s. z. B. §. 263. 360 a. E.), aber auch durch andere Umstände, namentlich durch Eviction (§. 362), Mängel (§. 363), Verletzung über die Hälfte (§. 364), überhaupt endlich durch Dolus, dessen sich ein Contrahent gegen den anderen bey dem Vertrag schuldig gemacht hat.

Evictionsleistung[a]).

§. 362.

Jedes Geschäft, welches eine Verbindlichkeit zur Uebertragung oder Bestellung eines Rechts begründet, begründet auch eine Haftung für den Fall der gänzlichen oder theilweisen Entwährung dieses Rechts

e) S. §. 302. (Mommsen, Beitr. I. S. 369 f. Anwendung 1) auf mehrfachen Verkauf: Jhering, Dogm. Jahrb. III. 7; 2) auf Verabredung der Lieferungszeit: Reatz in Linde's Zeitschr. N. F. XV. 11; 3) auf den Genuskauf §. 360 Note l. — Unterscheidung zwischen Gefahr der Verschlechterung und des Untergangs bey dem Kauf eines ganzen Vorraths nach Zahl, Maaß und Gewicht §. 360 m. — Dafür: Mommsen, Beitr. I. S. 342, Thöl, Handelsrecht §. 75. Dagegen aber L. 2 C. de peric. (4, 48), Vangerow III. §. 635, Bekker, Jahrb. V. S. 391 f., Arndt §. 302 Anm. 3. R.)

f) L. 3 D. de peric. (18, 6): Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet. §. 3 I. de emt.: — Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet, si non suscepit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus —. L. 1 §. 1 D. de peric.: Sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet, priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit. post mensuram factam venditoris desinit esse periculum, et ante mensuram periculo liberatur, si non mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia.

g) L. 11 §. 2 D. de A. E. V. (Note b), L. 50 eod.: Bona fides non patitur, ut cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur, et re sua careret; possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem (emtor exceptionem rei venditae et traditae obiiciat, ut perinde habeatur, ac si) petitor ei neque vendidisset neque tradidisset. S. noch §. 227 Note m.

h) L. 13 §. 22 eod.

a) Dig. XXI. 2: de evictionibus et duplae stipulatione. Cod. VIII. 45: de evictionibus. (Dig. XXI. 3: de exceptione rei venditae et traditae. Cod. X. 5:

durch einen anderen Berechtigten[b]). So liegt in der Verbindlichkeit des Käufers zur Uebertragung des Eigenthums am Kaufpreis die zur Evictionsleistung; aber auch der Verkäufer, obgleich er nicht schlechthin zur Eigenthumsübertragung verpflichtet ist (§. 361), muß doch dem Käufer das habere licere präſtiren, und haftet also wegen Eviction[c]). Wird also dem Käufer die Sache auf dem Grund eines schon zur Zeit des Kaufs bestehenden Rechts im rechtlichen Wege ganz oder theilweise abgestritten[d]), so hat er gegen den Verkäufer die Stipulationsklage, wenn ein besonderes Versprechen deshalb gemacht worden ist, stets aber die actio emti auf das Interesse[e]), und diese setzt nicht einmal immer die wirklich geschehene Eviction voraus[f]). Die Forderung der Evictionsleistung ist nicht begründet, wenn es nicht der verkaufte

ne fiscus rem quam vendidit evincat.) (K. O. Müller, die Lehre des röm. Rechts von der Eviction. Thl. I. 1851. R.)

b) Vgl. Glück, Comment. XX. §. 1117—19. Bey dem Vergleich ist zu unterscheiden zwischen dem Streitgegenstand selbst und der zur Abfindung gegebenen Sache, L. 33 C. de transact. (2, 4). Bestritten ist, ob der Schenker zur Evictionsleistung verpflichtet sey? L. 18 §. 3 D. de donat. (39, 5), Paul. sent. V. 11, 5, L. 2 C. h. t. (8, 45), (L. 45 §. 1. 2, L. 46 D. de leg. I. [30], L. 29 §. 3 D. de leg. III. [32]), Koch, de evictione in donatione non indistincte praestanda (1754) 1756. Thibaut, civil. Abhandl. 4 (1814), Schweppe, jurist. Magazin I. S. 145 ff. (1818). (Vangerow, Leitfaden III. §. 610 Anm. 2. Die Ansichten der Glossatoren ergiebt die vetus collectio §. 63 (S. 50), Rogerius §. 33 (S. 96), Collectio Chisiana §. 59 (S. 162), Hugolinus §. 358 (S. 497) in Haenel, diss. dom. 1834. R.)

c) L. 11 §. 2 D. de A. E. V. (§. 361 Note b), L. 6 C. h. t. (8, 45), L. 188 pr. D. de V. S. (50, 16).

d) L. 1. 15 §. 1, L. 21 §. 2, L. 27. 28. 39 §. 5, L. 49. 75 D. h. t. (21, 2), L. 16 §. 1 eod.: Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cnm res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est. L. 21 pr. §. 1 eod.: Si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non committitur, qnia nemo eum evincat, sed factum (fatum) humanae sortis. de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit. Inde Iulianus libro XLIII eleganter definit, dnplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem. L. 13. 64 pr. eod.

e) L. 8. 16 pr. 60. 67. 70 eod. Folge der Gewohnheit der duplae stipulatio nach Ulpian und Paulus, L. 2. 37 pr. §. 1 eod., L. 31 §. 20 D. de aedil. ed. (21, 1), vgl. L. 60 D. h. t.: Si in venditione dictum non sit, quantnm venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura, ex emto actionis hoc, quod interest (Iavolen.).

f) L. 41 §. 1 D. h. t. (21, 2): Item si domino servi heres exstiterit emtor, quoniam evinci ei non potest nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio. His igitur casibns ex emto agendum erit. L. 9 eod. (Retention des Kaufpreises bey drohender Eviction. R.) L. 18 §. 1 D. de peric.

Gegenstand ist, der (ganz oder theilweise) evincirt wird, z. B. beym Verkauf einer Erbschaft, wenn einzelne Sachen evincirt werden[g]), ferner wenn die evincible Sache vor der Eviction zu Grunde ging[h]), wenn sie durch Gewalt[i]), oder durch Ausübung eines ius eminens von Seiten des Staats[k]), oder durch ungerechten Richterspruch verloren[l]), wenn sie ohne richterliches Urtheil hingegeben wird[m]), wenn der Käufer den Proceß durch eigene Schuld verloren hat[n]). Eine Voraussetzung des Anspruchs wegen Eviction ist auch die litis denuntiatio an den Auctor, wenn derselbe gegenwärtig ist[o]), doch nach der gemeinen Meinung mit der Ausnahme einer nachgewiesenen Irrelevanz derselben[p]). Die Verbindlichkeit fällt überdieß weg, wenn der Ver-

(18, 6), (Ausnahme: nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis officiantur, anders Fragm. Vat. 12 tametsi maxime fideiussores evictiones offerantur. Vgl. L. 24 C. h. t., Seuffert's Archiv I. 49. 200, II. 27, VII. 164, XI. 34, XIII. 15. 38. 137, XIV. 128. Wissentlicher Verkauf einer fremden Sache: L. 30 §. 1 D. de A. E. V. (19, 1), vgl. L. 3 C. de evict. (8, 45). Anspruch auf Lösung der Sache von einem daran haftenden Pfandrecht? L. 5. 24 C. eod. S. Glück, Comm. XX. S. 370 ff.

g) L. 1 C. eod., L. 5 D. eod. (21, 2). Ueber Theile anderer Sachen, L. 36. 42. 42 D. eod., vgl. L. 23 §. 1 D. de usurp. (41, 3). Streitfrage über die Theile einer universitas rerum, Glück, Comment. XX. S. 218 ff. (Ueber Prädialservituten: Vangerow III. §. 610 Anm. 3, Müller S. 185 f., Arndts §. 303 Anm. 2. Der Verkäufer haftet 1) für ausdrückliche Zusage der Freiheit [fundus optimus maximus] L. 90. 126. 169 D. de V. S. [50, 16], D. 48 D. h. t. 2) für dolose Reticenz, L. 1 §. 1 D. de act. emt. [19, 1], L. 69 §. 5 in fin. D. h. t. 3) Streitig ist die sonstige Verpflichtung: die Glosse ad 59 und die gemeine Meinung verwirft zwar die volle Evictionsleistung, läßt jedoch die Minderungsklage zu, allein nach L. 59, L. 66 pr. D. de contr. emt. [18, 1], L. 48 D. h. t. ist auch diese nicht begründet. In L. 15 §. 1 D. h. t., auf die man sich berufen hat, ist servitus Conjectur, in L. 61 D. de aed. ed. [21, 1] sind die Voraussetzungen der a. quanti minoris nicht angegeben. R.)

h) L. 21 pr. D. h. t. (Note d).

i) L. ult. C. de A. E. V. (4, 49).

k) L. 11 pr. D. h. t. (21, 2).

l) L. 51 pr. eod.

m) L. 56 §. 1 eod., L. 17 C. eod. (8, 45). Besonderheit bey Noralklagen, L. 11 §. 12 D. de A. E. V. (19, 1): — et sive defendat noxali iudicio sive non, quia manifestum fuit noxium servum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu vel ex emto agere posse.

n) L. 29 §. 1, L. 53 §. 1, L. 66 pr. D. h. t. (21, 2).

o) L. 53 §. 1, L. 55 §. 1, L. 56 §. 5. 6 eod., L. 8. 9 C. eod. (8, 45). An alle Erben des Auctors, L. 62 §. 1 D. eod., L. 23 C. eod., L. 85 §. 5 D. de V. O. (45, 1).

p) Vgl. Glück, Comment. XX. S. 401—4 und die dort. Cit. Nur darf man sich für diesen Satz nicht auf L. 11 §. 12 D. de A. E. V. (Note m) berufen, von welcher kein Schluß auf die gegenwärtige Frage statthaft ist.

käufer durch den Verkauf Geld zum Spiel erhalten sollte[q]), wenn die Sache als eine der Eviction unterworfene veräußert wurde[r]), endlich durch das pactum de non praestanda evictione[s]).

Gewähr der Mängel der Sache[a]).

§. 363.

Mängel der Sache können die actio emti begründen, wenn Eigenschaften fehlen, die ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. beym Ver-

q) L. 2 §. 1 D. quar. rer. actio (44, 5).

r) L. 11 D. de hered. vend. (18, 4), L. 27 D. de evict. (8, 45).

s) Streitfrage: ob dieses Pactum auch von der Rückgabe des Kaufpreises befreie? Vgl. Glück, Comment. XX. S. 300 ff. (v. Vangerow, Leitfaden III. §. 610 Anm. 4. Böhmer's Meinung: daß der redliche Verkäufer den Kaufpreis behalte, wird jedoch jetzt kaum noch bestritten. R.) Die entscheidende Stelle ist L. 11 §. 14. 15. 18 D. de A. E. V. (19, 1): Cassius ait, eum, qui ex duplae stipulatione litis aestimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caveri solet, nihil consequi posse. Iulianus deficiente dupla ex emto agendum putavit. (§. 15). Denique libro X apud Minicium ait, si quis servum ea conditione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emtor hoc fieri intra diem non desideraverit, ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit, tunc enim in hoc fieri, ut per ipsum et per heredem eius emtorem habere liceret; qui autem alienum sciens vendidit, dolo, inqnit, non caret, et ideo emti indicio tenebitur — (§. 18). Qui autem habere licere vendidit, videamns, qni debeat praestare? Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat; proinde sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Iulianus libro XV digestorum scribit, etiam si aperte venditor pronuntiet, per se heredemque sunm non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verum tamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emtor rem amitterit, et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas snprascriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe, nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi (Husche in Linde's Ztschr. N. F. IV. S. 285 si: dagegen Vangerow III. S. 347. R.) forte sciens alienum vendit, tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit (Ulp.).

a) Dig. XXI. 1: de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. Cod. IV. 58: de aedilicii actionibus. Unterholzner, Archiv für civ. Pr. VI. 3,

kauf nach Probe) versprochen sind, oder ein Dolus des Verkäufers nachgewiesen werden kann[b]). Eine vollständigere Gewähr für die Mängel aber hat das Edict der Aedilen dadurch eingeführt, daß es den Verkäufer verpflichtet, die Mängel, welche auf den Werth der Sache Einfluß haben[c]), wenn es nicht offenbare sind[d]), dem Käufer anzuzeigen[e]). Ist dieß nicht geschehen, so kann der Käufer, ohne Unterschied, ob der Mangel dem Verkäufer bekannt war oder nicht[f]), ent-

Gesterding, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. VI. 1, Hermann Kellner, Jahrb. von Sell III. 4. (Ubbelohde, über die rechtl. Grunds. des Viehhandels 1865. R.)

b) L. 11 §. 3. 5 D. de A. E. V. (19, 1): Redhibitionem quoque contineri emti iudicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus. — Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, veruntamen ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem, et pretio restituto mulier reddatur. L. 6 §. 4, L. 13 pr. §. 1 eod., L. 17 §. 20, L. 18. 19. 38 §. 10. 11 D. h. t. (21, 1). (Vgl. Neustetel u. Zimmern, römisch rechtl. Untersuchungen [1821] 9, v. Vangerow III. §. 609 Anm. [1847], Sintenis, Civilrecht 2. Ausg. §. 116 Anm. 99 [1861]. R.)

c) L. 11 §. 8, L. 61 eod., Mängel der verkauften Sache selbst, L. 33 eod. (Ueber Gewähr beym Genuskauf vgl. Brinz, Pandekten I. S. 496, Bekker im Jahrb. des gem. deutschen Rechts V. S. 401 ff. [1862]. Gleichzeitiger Verkauf mehrerer Sachen: Gesterding in Linde's Zeitschr. VI. S. 42 f., Seuffert's Archiv IV. 24. R.)

d) L. 14 §. ult. eod.

e) L. 1 §. 1, L. 38 pr. §. 5 eod., L. 1 §. 2 eod.: Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint, dummodo sciamus, venditorem etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestare iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. Selbst der Vertrag, daß der Käufer nicht haften solle, befreit ihn nicht von der Pflicht zur Angabe der ihm bekannten Mängel, L. 14 §. 9 eod., L. 39 D. de A. E. V. (19, 1). Umfang der Anwendung, L. 1 pr. h. t.: Labeo scribit, edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes. L. 19 §. 5 eod.: — Emtorem accipere debemus eum, qui pretio emit, sed si quis permutaverit, dicendum est, utrumque emtoris et venditoris loco haberi, et utrumque posse ex hoc edicto experiri. L. 2 D. de rer. perm. (19,4). L. 63 h. t.: Sciendum est, ad venditiones solas hoc edictum pertinere non tantum mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum. Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur. Haec tamen ratio redditur, vel quia nunquam istorum de hac re fuerat iurisdictio, vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt. L. 62 eod.: ad res donatas edictum — non pertinere dicendum est. — — Das Edict findet keine Anwendung bey venditiones fiscales, L. 1 §. 3 D. h. t.

f) Gegen die Anwendung dieses Satzes auf den Verkauf lebloser Sachen erklärt sich Busch, Archiv für civ. Pr. XXVI. 9 (1843). (Vgl. dagegen Herm. Keller Jahrb. von Sell III. 9 [1844]. R.)

weder die Zurücknahme der Sache[g]) und Restitution des Preises mit Zinsen und Interesse (iudicium redhibitorium)[h]), oder, nach seiner Wahl, verhältnißmäßige Minderung des Preises verlangen (iudicium aestimatiorum s. quanti minoris)[i]); wegen verschiedener Fehler kann mehrmals geklagt werden[k]). Auf Redhibition kann während sechs Monaten, auf Minderung des Preises während eines Jahrs, wegen mangelnder ornamenta immer nur während zwey Monaten geklagt werden[l]). Durch den Verlust der Sache gehen die Ansprüche nicht verloren[m]). Die Redhibition hat unter den Parteien völlige Herstellung des Zustands vor dem Vertrag zur Folge[n]), aber sie hat nicht die Wirkung einer Resolutivbedingung[o]).

g) L. 21 §. 1, L. 23 pr. §. 1. 9, L. 25. 31 §. 2. 11—15 eod., L. 48 §. 8 eod.: Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio in usu est.

h) L. 27. 29 §. 1—3, L. 31 pr. 58 pr. eod. Condemnatio in duplum, L. 35 eod. Bey freiwilliger Zurücknahme hat der Käufer eine in factum actio auf Restitution des Preises, gleichviel ob die actio redhibitoria begründet gewesen wäre oder nicht, L. 31 §. 17 eod.

i) Auch diese Klage kann den Effect der Redhibition haben, L. 43 §. 6 eod., L. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. (Note k). Gegen die früher herrschende Ansicht, welche die beiden Klagen nach der Beschaffenheit der Mangel (Haupt- und Nebenmängel) unterschied, s. Feuerbach, civ. Versuche (1803) S. 49 ff.

k) L. 25 §. 1 D. de exc. rei iud. (44, 2): Est in potestate emtoris intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur quanti minoris homo, cum veniret, fuerit. Nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitinm in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit; quare vero dicetur, enm, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summoveri. L. 31 §. 16, L. 48 §. 2. 7 D. h. t. (21, 1).

l) L. 19 §. 6, L. 55 eod., L. 38 pr. eod.: Aediles aiunt: Qui inmenta vendunt, palam recte dicunto, qnid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribns tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis, in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemtis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris qnum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta parja simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumqne redhibeatur. Verschiedene Meinungen in der Erklärung der ornamenta, Unterholzner, Archiv VI. S. 84 f., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 400. Wegen Unterlassung der Cautionen, zu denen das ädilische Ediet den Verkäufer verpflichtete, soll auf Redhibition in 2, auf das Interesse in 6 Monaten geklagt werden können, L. 28 eod.

m) L. 44 §. 2, L. 47 §. 1, L. 48 pr. eod.

n) L. 23 §. 1. 7, L. 60 eod.

o) L. 43 §. 8 eod., L. 4 pr. D. qnib. mod. pign. (20, 6).

Rescission des Kaufvertrags[a]).

§. 364.

Jeder Contrahent kann, wenn er durch Dolus des anderen zur Abschließung des Contracts überhaupt oder in dieser Art vermocht worden ist, auf Aufhebung des Contracts klagen[b]), der Verkäufer aber auch, ohne daß ein Dolus nachzuweisen ist, wenn der Preis nicht einmal die Hälfte des wahren Werths erreicht (laesio enormis, ultra dimidium[c]). Die Bestimmung hat man analog auf den Käufer angewendet, ohne Recht, denn ihre eigentliche Veranlassung liegt in der billigen Rücksicht auf Verkäufe aus Noth, und ohne Bedürfniß, denn den Käufer schützt hinreichend das Edict der Aedilen[d]), und keinen

a) Dig. XVIII. 5: de rescindenda venditione et quando licet ab emtione discedere. Cod. IV. 44: de rescindenda venditione.

b) L. 1. 5 C. h. t., vgl. L. 4. 6 C. eod., L. 10 C. eod.: Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit. L. 22 §. 3 D. locati (19, 2): Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. Ein solcher Dolus ist auch der Mißbrauch, den ein Arzt von seinem Beruf macht, den Kranken zum Verkauf zu bewegen, L. 3 D. de extraord. cogn. (50, 13), vgl. L. 9 C. de prof. et med. (10, 52). (Ueber den Rücktritt vom Kauf wegen Verzugs in der Erfüllung vgl. Regelsberger im Archiv für die civ. Pr. L. N. F. II. (1867) S. 27—49. R.)

c) L. 2 C. h. t. (4, 44): Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias auctoritate iudicis intercedente, vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit (Diocl. et Max.) L. 8 C. eod. Streitfrage: ob die Vorschrift auch anwendbar sey auf Subhastationen? Glück, Comment. XVII. S. 87 ff., ferner auf den Verkauf einer Erbschaft? Das. S. 103 ff.

d) Die Stimmen für und wider s. bey Glück, Comment. XVII. S. 27 ff., ebenso über die Frage, wann ein Käufer über die Hälfte verletzt sey, das. S. 35 ff. (Nach Azo, 'wenn er über den anderthalbfachen Werth ('ultra dimidium iusti pretii'), also statt 10 16, nach der herrschenden Meinung ('per consuetudinem'), wenn er statt 10 über 20 giebt: Hugolinus §. 253 bey Haenel, diss. dom. (1834) pag. 426. — Auf das Edict der Aedilen geht L. 54 D. de contr. emt. [18, 1], in welcher Stelle neben den gar nicht hierher gehörigen L. 16. 17 eod., L. 78 §. 16 D. ad S. C. Treb. [36, 1] Chambon [Beitr. zum Obl.-Recht (1851) S. 116 ff. 169] die Ausdehnung auf den Käufer finden will. Im französischen Recht (Code Nap. art. 1674—85) ist die Beschränkung auf den Verkäufer und sogar auf Immobilien festgehalten, in der deutschen Praxis dagegen die Ausdehnung auf den Käufer angenommen: Seuffert, Pand. §. 272. Archiv I. 45—47. 201; II. 275—

besseren Grund hat auch die Anwendung auf andere Tauschgeschäfte[e]).

3. Locatio et conductio[a]).

a. Schließung des Vertrags.

§. 365.

Locatio conductio ist die Uebereinkunft, wodurch gegen das Versprechen eines Preises (merces, pensio, pretium) der Gebrauch eines Gegenstands versprochen wird[b]). Der Preis muß die Beschaffenheit des Kaufpreises haben: merces vera, certa, in pecunia numerata[c]). Der Gegenstand, dessen Gebrauch überlassen wird, können Sachen und Rechte seyn (locatio conductio rerum), oder Kräfte, und diese entweder unmittelbar, so daß zu leistende Dienste der Gegenstand sind

---

292. 356, III. 160. 161. 315—317, IV. 28, VI. 322, VII. 296, X. 245, XI. 30. 132, XII. 151, XVI. 167. Insonderheit über den Kauf von Gemälden: X. 245, XII. 138. Versteigerungen: IV. 123, VI. 323, IX. 17. Das Preuß. Landrecht I. 11 §. 56—59 anerkennt sogar nur die Anwendung auf den Käufer. Das H.G.B. §. 286, Thöl, Hdlsr. §. 64 Anm. 20 f. und die mittelstaatlichen Entwürfe beseitigen die ganze Rescission. R.)

e) Vgl. Glück a. a. O. S. 120 ff. (Chambon a. a. O. S. 116—184. Die L. 5 C. de dolo [2, 21], auf welche er sich beruft, geht auf die actio doli [§. 376e], die L. 6 §. 2, L. 12 §. 1 D. de iure dot. [23, 3] auf die besondere, jede Uebervortheilung ausschließende Natur der Dos [§. 415 l], Savigny, System II. §. 72 ee S. 118. R.)

a) Inst. III. 24: de locatione et conductione. Dig. XIX. 2: locati conducti. Cod. IV. 65: de locato et conducto. (Hermann, der Miethvertrag, hauptsächlich in Beziehung auf Wohnungen. 1840, Rechtsler. VII. S. 735—837, Ziebarth, die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe erörtert nach römischem und deutschem Recht in Vergleich mit dem preußischen, 1866, Degenkolb, Platzrecht und Miethe 1867, S. 126 f. R.)

b) Pacht, wenn der Gebrauch in dem Bezug von Früchten oder analogen Einkünften besteht, sonst Miethe genannt. (Bedingter Abschluß L. 20 pr. D. h. t. Gai. III. 146. R.)

c) L. 2 D. h. t. (19, 2): Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis constitit. Nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit. Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio, ut ecce, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae, et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emtio vel venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium, et magis emtionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubinm non est, quin locatio et condnctio sit. L. 25 pr. 46 eod., §. 1. 2 I. h. t.

(l. c. operarum)[d]), oder mittelbar, so daß die dadurch hervorzubringende Wirkung, z. B. eine zu verfertigende Sache, Transport einer Sache rc., Gegenstand ist (l. c. operis)[e]). Der Vertrag enthält keine Veräußerung[f]), doch hat dieß Ausnahmen, da es zulässig ist, daß der, welcher vermöge des Vertrags etwas erhält, die Gefahr des Zufalls und damit zugleich das Eigenthum übernimmt, man faßt die verschiedenen Fälle unter dem Ausdruck l. c. irregularis zusammen[g]).

(3, 24). Bey Verpachtungen kann der Preis in Früchten bestimmt werden, absolut, L. 8. 21 C. h. t. (4, 65), oder relativ Quote des jedesmaligen Ertrags (colonus partiarius), L. 25 §. 6 D. h. t. (Bekker in der Ztschr. für Rechtswsch. III. [1864] S. 422. R.)

d) Operae locari solitae, L. 5 §. 2 D. de praescr. verb. (19, 5).

e) So läßt sich z. B. der Contract mit einem Handwerker als l. c. operarum und operis denken, L. 51 §. 1 D. h. t. (19, 2): Locavi opus faciendum, ita ut pro opere redemtori certam mercedem in dies singulos darem; opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? Respondit, si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore approbaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est; non enim quidquam interest, utrum uno pretio opus, an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. Poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit, nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur; tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur. L. 22 §. 1. 2 eod.: Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est. Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem.

f) L. 39 eod., L. 20. 65 D. de contr. emt. (18, 1), Gai. III. 146.

g) L. 31 D. h. t. (19, 2): In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat. Quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito, nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quodsi separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut nosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierint, et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod natae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse iudicium

Die Verbote gewisser Pachtungen für gewisse Personen[h]) gehören dem öffentlichen Recht an.

b. Actiones locati et conducti.

§. 366.

Der Locator einer Sache oder eines Rechts ist verpflichtet, das frui licere des Gegenstands und der mit locirten Accessionen[a]) zu prästiren[b]), die Grundabgaben und Lasten zu tragen[c]), impensae neces-

---

oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere, nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset, ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam ceterorum (Alfen. a Paulo epitom.). (Sell, Archiv für civ. Pr. XIX. S. 318 f., v. Buchholtz, Ztschr. für Civilr. und Proc. VIII. (1850) 1 S. 8 f., Keller §. 342. R.) Instrumentum aestimatum (contractus socidae), L. 3. 54 §. 2 eod. Vgl. Sell, Archiv für civ. Pr. XIX. 12, Chambon, Beitr. zum Obl.-Recht S. 12 f. Die übliche Bezeichnung des Contracts (Ducange s. v. Socida, Italis *soccità*, quasi societas *accomandita di bestiame, che si da alla custodia altrui a mezzo pro e danno)* würde freilich besser zur locatio partiaria Note c. a. E., als zum Eisern-Vieh-Contract passen, wenn nicht beide Verträge verbunden werden könnten. R.)

h) Für Soldaten, L. 31. 35 C. h. t. (4, 65), Geistliche, Nov. 123 c. 6, Decurionen, L. 30 C. h. t., fürstliche Kammerbeamte, L. un. C. quibus ad conductionem praediorum fiscalium accedere non licet (11, 72), Vormünder vor abgelegter Rechnung, L. un C. ne tutor vel cur. vectigalia conducat (5, 41), L. 49 D. h. t. (19, 2), L. 1 §. 9—12 D. ad L. Corn. de fals. (48, 10).

a) L. 19 §. 2 D. h. t. (19, 2). Die Verpachtung eines Guts mit allen dazu gehörigen Gerechtigkeiten hat man admodiatio genannt. (Ducange s. v. Admodiare, fundum dare ad firmam, vel in emphyteusin, vel etiam alienare sub certa praestatione tot modiorum frugum, de quibus convenit. s. v. Firma, praedium seu villa alteri elocata ad certum tempus, sub praestatione annua vel annonaria, vel rerum ad victum necessariarum vel donique pecuniaria. Hinc *datio ad Firmam*, pro contractu, quo sub annuo reditu fundi ad aliquot annos possidendi dantur. R.)

b) L. 9 pr. 15 §. 1, L. 25 §. 2, L. 33 eod. (Die gebrechliche obligatorische Form der Miethe nach römischem Recht unterwirft den Miether dem Besitzwillen des Vermiethers überhaupt, nicht blos für den Fall des Verkaufs (so Dernburg (sen.), Abhandl. aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Prozeßrechts (1849) S. 27), sondern ganz allgemein. Diese Künstlichkeit hat Friedlieb, Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß. N. F. XIX. S. 435 aus der einfachen logisch-juridischen Natur der Miethe, Ziebarth a. a. O. S. 222 aus dem unvermittelten Gegensatz zwischen Eigenthum und Vertrag, Degenkolb S. 154 f. aus der zeitlichen Begränzung und inneren Bedingtheit der Miethe zu erklären versucht. Diese Gründe constatiren aber nur das Problem und genügen nicht, den Ausschluß des dinglichen und Besitzrechts zu erklären, denn nicht nur das Eigen-

sariae und utiles zu ersetzen[d]), und omnem culpam zu prästiren[e]). Der Conductor ist verpflichtet, nach Ablauf der Zeit des Gebrauchs[f]) den Preis zu geben, auch abgesehen von seiner Benutzung[g]), soweit er nicht durch die Schuld des Locator oder durch einen in der Sache liegenden Zufall[h]) an der Benutzung gehindert worden ist. Wegen eines den Fruchtbezug ganz oder theilweise ausschließenden, und nicht überhaupt oder für diese Sache gewöhnlichen Zufalls aber hat der Pächter auf Remission des Pachtzinses Anspruch[i]). Endlich hat der Conductor

---

thum, sondern auch die Obligatio kann nicht willkürlich zeitlich begränzt werden, L. 44 §. 1 D. de O. et A. (44, 1). Das Hauptgewicht ist also darauf zu legen, daß der Vermiether nicht veräußern, sondern Eigenthum und Besitz conserviren will. Eine Anwendung ist, daß der Miether erst restitutiren muß und dann erst sein Eigenthum verfolgen kann, denn obgleich die Miethe eigener Sachen unverbindlich ist, so würde es doch der Natur des Geschäfts widersprechen, wenn man diesen Fall präsumiren wollte. Vgl. L. 25, L. 34 C. h. t. R.)

c) L. un. §. 3 D. de via publ. (43, 10). Die Frage nach der Tragung der Einquartirungslasten entscheidet sich nach der Vorfrage, ob sie eine Real- oder Personallast sind, welche keine privatrechtliche ist. Die verschiedenen Meinungen in dieser Controverse s. bey Glück, Commentar XVII. S. 395 ff., Schweppe, jur. Magazin I. 5, (Vangerow III. S. 423, Unterholzner II. S. 336, Rechtsler. VII. S. 761, Seuffert's Archiv I. 208. R.)

d) L. 55 §. 1, L. 61 pr. D. h. t. (19, 2).

e) L. 19 §. 1 eod.: Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, nec ignorantia eius erit excusata et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecua vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, si scisti; si ignorasti pensionem non petes; et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit. L. 28 C. eod. (4, 65).

f) L. 24 §. 2 eod.

g) L. 19 §. 9. 10 eod.

h) L. 19 §. 6, L. 27 pr. L. 30 §. 1 eod. S. auch §. 302.

i) L. 15 §. 2—4 eod.: Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat; si qua tamen vitia ex re ipsa oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si rancis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur; sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum, si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit, sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse, oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit. Cum quidam incendium fundi allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est. Papinianus libro IV responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit

die Sache, wie sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch geworden ist, und mit Ersatz jedes durch irgend eine Culpa verursachten Schadens[k]), nach Beendigung des Verhältnisses zu restituiren[l]), wovon ihn auch, da der Locator Interdictenbesitzer ist, die Behauptung des Eigenthums nicht befreit[m]). Wenn nichts anderes bestimmt ist, steht dem Conductor die Befugniß der Sublocatio (Aftervermiethung) zu, wodurch jedoch das Rechtsverhältniß zwischen den ersten Contrahenten an sich nicht verändert wird[n]).

§. 367.

Für die locatio conductio operarum gelten, soweit der Gegenstand überall ihre Anwendung zuläßt, die Grundsätze der l. c. rerum. Hat aber jemand nicht blos überhaupt Dienste zu leisten, sondern die Hervorbringung einer gewissen Wirkung gegen einen Preis übernommen (operis conductor, redemtor), so geht seine Verpflichtung auf diese Wirkung; unter der Voraussetzung einer dem arbitrium boni viri gemäßen Beschaffenheit des Opus ist der locator operis zur Billigung, Uebernahme und Zahlung des Preises verpflichtet[o]). Diese Uebernahme befreit den Redemtor von aller Haftung, Dolus ausgenommen[p]), vor derselben haftet er für jede Culpa[q]), ja auch ein Zu-

---

ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni, quo remisit, exigendam. Hoc idem et in vectigalis damno respondit. Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur, etsi superiores uberes fuerunt, et scit locator, non debere eum ad computationem vocari. L. 25 §. 6 eod., L. 8 C. eod. (4, 65). (Glück XVII. S. 447, Vangerow §. 631 Anm. 1, Jacobi, über Remission des Pachtzinses nach gemeinem und preußischem Recht [1856]. R.)

k) L. 11 pr. §. 1. 2, L. 25 §. 3 D., L. 28 C. eod.

l) Condemnatio in duplum, L. 34 C. eod.

m) L. 25 C. eod.: Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare.

n) L. 6 C. eod., vgl. L. 30 pr. 58 pr. D. eod., §. 201, 3. 4.

o) L. 24 pr. D. h. t. (19, 2). Rücktritt wegen Ueberschreitung des Anschlags §. 369.

p) L. 24 pr. cit.

q) L. 25 §. 7 eod.: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intellligimus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad certas res transferri potest. L. 13 §. 1. 5. 6 eod.

fall, der das Opus nicht oder nicht in gehöriger Art zu Stande kommen ließ, trifft ihn insofern, als er keinen Anspruch auf den Preis hat, doch erhält er auch diesen, soweit er ihn schon verdient hat, wenn die Bestimmungen des Locators die Ursache jenes Umstands sind, oder sein Säumniß in der Uebernahme bewirkte, daß der Untergang des Opus vor die Uebernahme fiel, aber auch außerdem ein äußerer Zufall das vollendete Opus, dessen Tüchtigkeit der Redemtor nachweist, vor der Uebernahme zerstörte[r]).

Von der lex Rhodia de iactu[a]).

§. 368.

Den Eigenthümern der aus einem Schiff zur Abwendung einer Seegefahr geworfenen und dadurch verlorenen oder beschädigten Sachen sind die Eigenthümer der dadurch geretteten Sachen (auch des Schiffs) pro rata ihres Werths[b]) den Schaden theilweise zu ersetzen verpflichtet[c]), um das Resultat hervorzubringen, wie wenn der Schiffswurf von allen Sachen pro rata ihres Werths geschehen wäre[d]). Der

r) L. 36 eod.: Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est. quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobaretur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit; non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. L. 37 eod.: Si prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. L. 59. 62 eod. — Vgl. auch Weiske, Behandl. einiger civilr. Gegenstände (1829) 1. (v. Buchholtz, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. VIII. 1 [1851]. Dagegen: Fr. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung Beitr. I. [1853] §. 31 S. 372 f. Vgl. Windscheid in der Hdlb. krit. Ztschr. II. S. 139 f. R.)

a) Dig. XIV. 2: de lege Rhodia de iactu. (Aug. de Schryver, comment. sur la loi Rhodia de iactu. 1844. Deutsches Handelsgesetzb. Art. 702—756. R.)

b) L. 2 §. 2. 4, L. 4 §. 1 D. h. t.

c) Berechnung des Schadens, L. 2 §. 4. 7 eod.

d) L. 1 pr. eod.: Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. L. 2 pr. eod.: Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent, is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Imo etsi retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus. quid enim, si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas.

magister navis hat diese Beiziehung der Beitragspflichtigen theils durch Retention ihrer Sachen, theils, wo dieß nicht möglich ist, durch seine actio conducti oder locati gegen sie zu bewirken[e]). Die analoge Anwendung dieser Rechtssätze bey Feuer-, Wasser- und Kriegsschäden, die man mehrfach versucht hat, ist in der That, da die Bedingung einer Gleichheit der Gefahr für alle Eigenthümer fehlt, unausführbar[f]).

c. Endigung der locatio conductio.

§. 369.

Die locatio conductio endigt sich 1) durch den Untergang des vermietheten Gegenstands[a]); 2) durch Erreichung des ihr gesetzten Ziels, namentlich durch Ablauf der Zeit, die entweder bestimmt festgesetzt, oder von einseitiger Aufkündigung abhängig gemacht seyn kann. Nach dem Eintritt dieses Endtermins kann das Verhältniß durch beiderseitige stillschweigende Einwilligung (relocatio) fortgesetzt werden[b]);

At si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt. (Schilling, anim. crit. specim. II. [1845]: Et si non totam navem conduxerint, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt, ex conducto aget. R.) Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.

e) L. 2 pr. §. 2. 6 eod. Man hat den Beschädigten eine selbstständige condictio ex L. Rhodia geben wollen (mit welcher nun jeder gegen jeden klagen müßte); das R. R. aber gewährt gerade dadurch, daß es den Inhalt der Lex Rhodia mit dem zwischen dem Schiffer und den betheiligten Personen geschlossenen Contract in Verbindung bringt, die Möglichkeit einer ordnungs- und zweckmäßigen Behandlung der Sache.

f) (Vgl. jedoch W. Sell, Versuche I. S. 100 und in Betreff des Aufwands zur Vermeidung einer drohenden Seegefahr: Seuffert's Archiv VII. 89, deutsches Handelsgesetzb. Art. 706 Num. 4. R.)

a) L. 9 §. 1 D. h. t. (19, 2).

b) L. 14 eod.: Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est, intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt, ed ideo si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum. L. 13 §. 11 eod.: Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat, huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit et si reipublicae praedia locata fuerint. Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat-

3) durch Ausübung des Rechts, das Verhältniß einseitig aufzuheben, welches a) dem Locator zusteht: wegen zweijährigen Rückstands in Entrichtung der merces[c]), wegen Mißbrauchs der Sache, wegen einer nöthigen, die Fortsetzung des Gebrauchs nicht zulassenden Reparatur, wegen dringenden eigenen Bedürfnisses[d]), nach der Praxis endlich wegen Eröffnung des Concurses über den Pächter[e]); b) dem Conductor: wegen Mängel des Gegenstands, die den Gebrauch hindern, oder beträchtlich verringern oder erschweren[f]), ferner wenn er durch Säumniß des Locator an dem Gebrauch gehindert wird[g]), endlich wegen gegründeter Furcht vor einer mit der Fortbenutzung der Sache verbundenen Gefahr[h]).

Mit dieser Beendigung der locatio conductio werden nicht auch die durch ihr bisheriges Bestehen schon erzeugten Forderungen aufgehoben. Daher ist sie von einer Rescission des Vertrags, z. B. wegen Dolus[i]), zu unterscheiden, die diese Wirkung hat. Dahin gehört auch die Aufhebung der locatio conductio operis, welche dem Locator gestattet ist, wenn es sich ergiebt, daß der Conductor einen beträchtlich geringeren Kostenanschlag gemacht hat, als das Opus in Wahrheit fordert[k]).

Weder eine Beendigung noch eine Rescission der locatio conductio aber liegt in einer Veräußerung der Sache durch den Locator, so wenig als in der grundlosen Weigerung des Locators, dem Conductor den Gebrauch zu gestatten; durch das Sprichwort: Kauf bricht Miethe, hat

---

conductioni praestitutum. sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse, hoc enim ipso quo tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. Vgl. Glück, Comment. XVII. S. 275 ff. (E. Röber, Abhandl. [1833] 1. R.)

c) L. 54 §. 1, L. 56 eod.

d) L. 3 C. eod. (4, 65). Der letzte Grund wird in der erforderlichen Stärke nur bey Gebäuden, nicht bey Feldgrundstücken eintreten.

e) Der über den Verpächter ausgebrochene Concurs ist kein Grund der Aufhebung, L. 18 §. 1 D. de reb. auct. iud. (42, 5). (Arndts in der österr. Gerichtszeitung 1858 No. 28, 29, Northoff, pract. Archiv IX. S. 1 f. S. 415 f., Seuffert's Archiv I. 390. 391, VI. 119. 120, XIII. 77, XV. 221. R.)

f) L. 25 §. 2, L. 27 pr. D. h. t. (19, 2).

g) L. 60 pr. eod.

h) L. 27 §. 1 eod., L. 28. 33 D. de damno inf. (39, 2), vgl. Glück, Comment. XVII. S. 479–482.

i) L. 23 D. h. t. (19, 2).

k) L. 60 §. 4 eod.

man nur dem natürlichen Satz, daß der Käufer nicht in die Obligation des Verkäufers eintritt, einen unpassenden Ausdruck gegeben[l]).

4. Societas[a]).

a. Schließung des Vertrags.

§. 370.

Der Gesellschaftsvertrag wird durch die gegenseitige Zusage einer das Vermögen betreffenden Gemeinschaft geschlossen[b]). Der Gegenstand der Gemeinschaft, die gehalten werden soll, sind theils Sachen und Rechte, die schon jetzt zum Vermögen der Socii gehören, theils künftig zu erwerbende. In einer societas omnium bonorum, universarum fortunarum, sind alle gegenwärtigen und künftigen Bestandtheile des Vermögens begriffen[c]), in einer Gesellschaft schlechtweg, oder Erwerbsgesellschaft (societas quaestus, quaestus et lucri) alle künftigen Erwerbungen, jedoch nur die durch Thätigkeit der Socii vermittelten[d]). Die Gesellschaft kann aber auch nur einen einzelnen Zweig des Erwerbs, z. B. durch Handel oder Handel einer gewissen Art, zum Gegenstand haben[e]), endlich ein einzelnes Geschäft, das auf

l) L. 25 §. 1 eod.: Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. L. 9 C. eod. (4, 65). (L. 32 D. h. t. cf. L. 59 pr. D. de usufr. [7, 1), L. 120 §. 2 D. de leg. I. [30] Fragm. Vat. 13. R.) Bey Veräußerung fiscalischer Sachen soll die Verabredung, daß der Käufer dem Conductor die Benutzung fortgestatte, stillschweigend verstanden werden, L. ult. D. de iure fisci (49, 14). (Auch das Sprichwort: der Käufer jagt den Miether, darf wenigstens nicht auf eigenmächtige Austreibung bezogen werden, L. 12. 18 pr. de vi [43, 16], L. 20 D. de poss. [41, 2]. Vgl. überhaupt: Glück, Bd. XVIII. S. 15 f., Dernburg, Abhandl. [1849] Num. 1, Träger in Linde's Ztschr. N. F. XVIII. 3, und über Begründung eines dinglichen Rechts des Miethers: Friedlieb das. XIX. 16. Ueber die Praxis Seuffert's Archiv VI. 187, VII. 37, VIII. 42. R.)

a) Inst. III. 25: de sosietate. Dig. XVII. 2. Cod. IV. 37: pro socio.

b) L. 31 D. h. t. Eine Streitfrage, ob die Societät unter einer Bedingung geschlossen werden könne, hat Justinian bejahend entschieden, L. 1 pr. eod., L. 6 C. h. t.

c) L. 5 §. 73 D. h. t. (17, 2).

d) L. 7—13 eod.

e) L. 5 pr. 52 §. 3 eod. (Thöl, Handelsrecht I. §. 34, Treitschke, die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen, nach röm. Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen, 2. Aufl. 1844 und [jedoch mit nur untergeordneter Berücksichtigung des gemeinen Rechts] Schiebe, die Lehre von Handelsgesellschaften [1841] 2. Ausg. 1845. R.)

gemeinschaftliche Rechnung geschlossen werden soll, und eben so eine einzelne Sache oder mehrere einzelne, die gemeinschaftlich werden oder als gemeinschaftlich gelten sollen[f]). Billigkeit und möglichste Gleichheit ist bey dem Societätsvertrag das Princip auch für die rechtliche Beurtheilung, jede Uebervortheilung eines Socius durch den anderen ist zu beseitigen, auch der animus donandi macht eine absichtliche Ungleichheit nicht statthaft. Dennoch läßt sich nicht die Regel aufstellen, daß die Antheile den Beiträgen entsprechen müssen, weil sich Beiträge denken lassen (z. B. Dienste, Credit), die eines bestimmten und sicheren Werthanschlags nicht fähig sind. Eine verhältnißmäßige Gleichheit durch Bestimmung ungleicher Antheile zu bewirken, muß daher der Uebereinkunft der Contrahenten überlassen werden, ohne eine solche Festsetzung sind die Antheile der Socii gleiche[g]). In dem Verhältniß

f) Ueber den Unterschied zwischen dem Fall, wo ein Geschäft der Gegenstand der Societät ist, die Sache nur das Mittel, und dem anderen, wo der Vertrag die Sache selbst zum Gegenstand hat, s. L. 58 pr. §. 1 eod.

g) L. 5 §. 2 eod.: Donationis causa societas recte non contrahitur. L. 29 eod.: Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscunque alterius rei causa. Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat, quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est, plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare. et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. L. 30 eod.: Mucius libro XIV. scribit, non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit, omni damno deducto pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. L. 6 eod.: Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit. §. 1 — 3 I. h. t. (3, 25), L. 1 C. h. t. (4, 37). (Gai. III. 149, Vangerow §. 651, Keller §. 346, Seuffert's Archiv VIII. 175, XVI. 110. R.) Ueber die Controverse, ob die Gleichheit als relative oder absolute zu verstehen sey, s. Glück, Comment. XV. S. 404 ff. (Vangerow §. 655, Keller §. 346. S. 656. R.)

gegenüber Anderen macht die bestehende Societät unmittelbar und an sich keine Veränderung[h]).

b. Actio pro socio.

§. 371.

Die Verbindlichkeiten aus dem Societätsvertrag gehen überhaupt auf Haltung der verabredeten Gemeinschaft. Darin liegt entweder wirkliche Gemeinschaftlichmachung der in die Societät fallenden Gegenstände (Uebertragung des Miteigenthums rc.), jeder Socius kann sie fordern, wo der Gegenstand die communio zuläßt[a]), oder wo dieß nicht der Fall oder ein anderes verabredet ist, daß der Gegenstand dem Effect nach als gemeinschaftlich behandelt werde[b]). Die Gegenstände, auf deren Mittheilung die Forderung geht, sind theils durch eine Societät vermittelte oder sonst in dieselbe fallende Erwerbungen[c]), theils Beyträge, wohin auch das Tragen der Verluste gehört. Die Theilnahme am Verlust erstreckt sich auch auf die Ansprüche aus der Societät selbst, wenn wegen Insolvenz eines Socius nicht alle ihre Antheile erhalten können[d]). Bey der societas omnium bonorum ist jeder Erwerb zu inferiren, und hinwiederum der Aufwand und die Schulden

---

h) L. 82 D. h. t. (17, 2), L. 44 §. 1 D. de aed. ed. (21, 1), L. 1 §. ult., L. 2–4 §. 2 D. de exerc. (14, 1), L. 13 §. 2 D. de instit. (14, 3). Vgl. Thöl, Handelsrecht §. 37. 42. 46.

a) L. 74 D. h. t. (17, 2): Si quis societatem contraxerit, qnod emit, ipsius fit, non commune, sed societatis iudicio cogitur rem communicare. L. 1 §. 1 eod. (Note b). Manche wollen in dieser Hinsicht einen ganz unbegründeten Unterschied machen zwischen einer universellen und particulären Gesellschaft, Glück, Comment. XV. S. 397 ff.

b) L. 1 §. 1, L. 3 pr. eod.: In societate omnium bonorum omnes res, quae coëuntium sunt, continno commnnicantur, — ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestare debent. L. 52 §. 2 eod. (Note g), L. 58 pr. §. 1 eod.

c) Mittheilung des aus Societätsobjecten Bezogenen und Ersatz des darauf Verwendeten, L. 38 §. 1, L. 67 §. 1. 2 eod., L. 60 pr. eod.: Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere, Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse; sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse. Item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas. (L. 69 D. h. t. Quum societas ad emendum coiretur, et conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est epulas, praestaret, eosque a negotio dimitteret, si ca iis non solverit et pro socio et ex vendito cum eo agendum est. Vgl. Leist in Linde's Ztschr. XVII. 10. R.)

d) L. 63 §. 5 eod.

eines jeden aus dem Gemeinschaftlichen zu tragen, soweit nicht eine prästable Culpa eine Aenderung bewirkt[e]). Das durch unerlaubte Handlungen Erworbene wird gemeinschaftlich, wenn es freiwillig inferirt ist; wissen die Socii um diesen Ursprung, so tragen sie mit an den vermögensrechtlichen Folgen des Delicts, und dasselbe ist der Fall, wenn ein Socius auf eine Delictsklage ohne Schuld verurtheilt ist, sonst aber trägt er den Schaden von seinem Antheil allein[f]). In den Societätsangelegenheiten hat jeder Socius dem anderen diligentia in suis rebus zu prästiren[g]).

c. Endigung der Societät.

§. 372.

Die Societät wird aufgehoben[a])

1) durch einseitige Aufkündigung, auch nur eines von mehreren Socii. Setzen die übrigen die Gesellschaft fort, so ist dieß eine neue, wenn nicht gleich bey der Schließung des Vertrags das Fortbestehen derselben unter den übrigen ausgemacht ist[b]). Durch die Aufkündigung wird die Societät stets sofort geendigt, doch hört, wenn sie dem abwesenden Socius geschieht, der Renuntiant hinsichtlich seiner Societätspflichten erst zu der Zeit, wo jener von der Aufkündigung Kennt-

---

e) L. 27. 52 §. 16, L. 73 eod.

f) L. 52 §. 17. 18, L. 53—57 eod. (Haftpflicht der socii: L. 82 D. h. t. Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem aream pecuniae versae sint. Vangerow III. S. 495. — Ueber Klagrecht und Haftungspflicht bei besonderen Actien- und Commandit-Gesellschaften der neueren Zeit nach heutigem Recht: Thöl, Handelsrecht §. 34—48, Keller §. 349, Deutsches Handelsgesetzb. B. II. III. Art. 85—270, Seuffert's Archiv II. 178—179. 287. 288. III. 195. 197. 360. IV. 115. V. 164. VI. 194. XII. 270. 271. XIV. 82. 93. XVI. 215. 216. R.)

g) L. 52 §. 2 eod.: Utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro VII. digestorum ita scripsit; socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coëunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est, pretium enim operae artis est velamentum. Quodsi rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire. L. 72 eod.: Socius socio etiam culpae nomine tenetur, i. e. desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia, qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.

a) L. 4 §. 1, L. 63 §. 10 D. h. t. (17, 2).

b) §. 4 I. h. t. (3, 25), L. 63 in f. 65 §. 3. 9 D. h. t. (17, 2).

niß erhält, auf, Socius zu sein, während er hinsichtlich der Societätsrechte schon von der Zeit der Aufkündigung an nicht mehr Socius ist[c]). Dasselbe tritt ein bey doloser Renuntiation in Beziehung auf das, was der Aufkündigende seinem Socius böslicher Weise entziehen wollte[d]). Ferner verletzt ein Socius überhaupt durch unzeitige Renuntiation seine Societätspflicht, und kann deshalb auf Entschädigung mit der actio pro socio belangt werden; auch hier kommt, wie dort, der Satz zur Anwendung: socium a se, non se a socio liberat[e]). Das pactum ne abeatur a societate hat keine Wirkung, das Recht der Aufkündigung besteht wie sonst: das pactum ne intra certum tempus abeatur verhindert ebenfalls nicht die Renuntiation während dieser Zeit, ja sie kann sogar ohne Nachtheil aus einem genügenden rechtmäßigen Grund geschehen, außerdem treten für den Renuntianten die obigen Nachtheile ein[f]). Die Aufkündigung kann privatim geschehen, auch von und an mit dieser Angelegenheit beauftragte Procuratoren[g]), oder durch Anstellung der Klage in dieser Absicht die Societät aufzuheben[h]).

2) Durch den Tod auch nur eines von mehreren Socii wird die Gesellschaft aufgehoben, doch kann verabredet werden, daß sie unter den übrigen fortdauern soll[i]). Auf keine Weise treten die Erben als solche in das Societätsverhältniß ihres Erblassers ein, auch wenn dieses bey der Eingehung der Gesellschaft verabredet worden wäre; erst durch Aufnahme von Seiten der übrigen können sie Socii werden, wozu keine Verpflichtung besteht[k]). Nur bey der societas vectigalium, die dem Staat gegenüber Verpflichtungen eingegangen ist, wird der Erbe bis zur Beendigung der Pachtung als Theilnehmer an Gewinn und Verlust behandelt, wenn er auch nicht die übrigen Rechte eines Socius (z. B. Stimmrecht) hat[l]). Aber auch bey gewöhnlichen Societäten (societates privatae, voluntariae) ist der Erbe verpflichtet, ein von seinem Erblasser begonnenes Societätsgeschäft ins Reine zu bringen, und haftet dabey für dolus und culpa lata[m]).

c) L. 17 §. 1 eod.

d) L. 65 §. 3 eod., §. 4 I. cit.

e) L. 17 §. 2, L. 65 §. 4. 6 D. h. t. (17, 2).

f) L. 14—16 eod.

g) L. 65 §. 7. 8 eod.

h) L. 65 pr. eod.

i) L. 65 §. 9 eod. (Heutiges Recht bei Handelsgesellschaften: Thöl, Handelsrecht §. 39. 39 a. No. III §. 43. 4 a. No. III §. 47. 47 a. Seuffert's Archiv III. 318. R.)

k) L. 35—37. 52 §. 9, L. 59 pr. 65 §. 9. 11 eod.

l) L. 59 pr. 63 §. 8 eod.

m) L. 40 eod.

3) Capitis deminutio maxima oder media eines Socius[n]),
4) Verlust des Vermögens durch Confiscation oder Concurs[o]),
5) Untergang des Gegenstands der Societät[p]),
6) Unmöglichkeit oder Beendigung des Geschäfts, das der Gegenstand der Gesellschaft ist[q]), endlich
7) Eintritt des Termins, bis zu welchem die Gesellschaft eingegangen ist, wenn nicht sämmtliche Socii sie, auch stillschweigend, fortsetzen[r]) — endigen die Gesellschaft gleichfalls.

Diese Endigungsgründe heben natürlich nicht die durch die bisherige Dauer der Gesellschaft begründeten Forderungen auf, wegen deren auch nach Endigung der Societät die actio pro socio Statt findet. Nur geht diese Klage nicht auf Theilung der durch die Gesellschaft gemeinschaftlich gewordenen Sachen und Rechte; zu diesem Zweck dient die actio communi dividundo.

5. Gemeinschaft[a]).

§. 373.

Die Obligatio aus dem Gesellschaftsvertrag geht auf Haltung einer Gemeinschaft, es giebt aber auch eine Obligatio auf Aufhebung einer bestehenden Gemeinschaft. Durch eine bestehende Gemeinschaft nämlich von Vermögensrechten (solche vorausgesetzt, die Mehreren pro indiviso zustehen können) entsteht, die Gemeinschaft mag durch Vertrag oder nicht (s. g. communio incidens) hervorgebracht sein[b]), eine gegenseitige Obligatio unter den Communionsinteressenten (socii), deren Gegenstand vor allem die Theilung des gemeinschaftlichen Guts[c]),

---

n) L. 63 §. 10, L. 58 §. 2, L. 65 §. 11 eod.

o) L. 4 §. 1, L. 65 §. 1. 12 eod., §. 8 I. h. t. (3, 25).

p) L. 63 §. 10 D. h. t. (17, 2), vgl. L. 58 pr. eod.

q) L. 58 pr. eod., §. 6 I. h. t. (3, 25).

r) L. 1 pr. 65 §. 6 D. h. t. (17, 2).

a) Dig. X. 3. Cod. III. 37: communi dividundo. Cod. III. 38: communi utriusque iudicii tam familiae herciscundae quam communi dividundo.

b) L. 2 pr. D. h. t. (10, 3): Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit, nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Cum societate res communis est, veluti inter eos, qui pariter eandam rem emerunt, sine societate communis est, veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est. L. 31 D. pro soc. (17, 2), L. 25 §. 16 D. fam. erc. (10, 2).

c) L. 3 pr. D. h. t. (10, 3): In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum, quae communes sint, et si quid in his damni datum factumve est, sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re communi. §. 5 I. de officio iud. (4, 17), L. 7 §. 1, L. 21 D.,

folgeweise aber auch praestationes personales; Mittheilung des aus der res communis gezogenen Gewinns, Ersatz der Verwendungen und Prästation der diligentia in suis rebus, sind[d]). Diese Verbindlichkeiten werden (abgesehen von dem Fall des Miterbrechts) geltend gemacht mit der actio communi dividundo[e]), welche besteht, so lange die Communio dauert[f]), als utilis actio indessen auch nach der Aufhebung der Gemeinschaft auf die praestationes personales gegeben wird[g]).

Actio finium regundorum[a]).

§. 374.

Wenn die Gränzen anstoßender praedia rustica[b]) verschiedener Eigenthümer[c]) streitig, und dadurch also ungewiß sind[d]), so hat jeder

L. 1. 3 C. h. t. (Ausschluß bei abgetheilten Wohnungen mit gemeinschaftlichem Zugang? Seuffert's Archiv VII. 176. XV. 196. R.)

d) L. 4 §. 3, L. 6 §. 2. 3, L. 8 §. 2, L. 10 pr. 14 pr. §. 1, L. 20. 23. 26. 28 D. h. t. (A. Brinkmann, das Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander 1855. R.)

e) L. 1 eod.: Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem. Denique cessat communi dividundo iudicium, si res communis non sit. L. 1 §. 8 D. de superf. (43, 18), L. 7 pr. §. 2. 3. 6–10, L. 10 §. 1 D. h. t. (10, 3). (Theilung unter einzelnen socii: Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXIV. [1851] 9. R.)

f) L. 14 §. 2. 3 eod. Nur eine richtige Theilung hebt die Communio auf und damit die Klage, L. 36 D. fam. erc. (10, 2), L. 3 C. comm. utr. iud. (3, 38): Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Vgl. Consult. vet. ICti 2.

g) L. 6 §. 1. 2, L. 11. 14 §. 1 D. h. t. (10, 3).

a) Dig. X. 1. Cod. III. 39: finium regundorum. Vgl. Puchta, über die actio fin. reg., Zeitschr. für Recht u. Gesetzgeb. in Kurhessen II. S. 1 ff. (1837). (Wiederhold, Zeitschrift für Civilr. und Proceß XIII. 2 [1839], Sternberg, Zeitschr. für Civilr. und Proceß XVII. [1842] 13, Hoffmann, Archiv für civ. Pr. XXXI. [1848] 16 und XXXV. 10 [1852]. Ueber die Geschichte des Rechtsmittels s. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. X. 7 [1842], Puchta, Cursus der Inst. II. §. 234, Rudorff, gromatische Institutionen [1852] in den Schriften der röm. Feldmesser 2 S. 433—445, Karlowa, Beitr. zur Gesch. des röm. Civilproc. [1865] S. 141 bis 163. R.)

b) L. 2 pr. D. h. t.: Haec actio pertinet ad praedia rustica, quamvis aedificia interveniant, neque enim multum interest, arbores quis in confinio an aedificia ponat. L. 4 §. 10 eod.

c) L. 4 §. 7 eod. Doch giebt auch ein ius in re, mit dem das Innehaben des Grundstücks verbunden ist, die Klage, L. 4 §. 9 eod.

d) Gegen den Irrthum, daß eine Ungewißheit anderer Art, nämlich eine von

derselben die actio finium regundorum (Gränzscheidungsklage), deren Zweck zunächst die Ermittelung der wahren Gränzen ist[e]), die aber zuletzt, wenn die Ungewißheit nicht gehoben werden kann, auf Theilung des streitigen Stücks, welches sodann als gemeinschaftlich betrachtet wird, geht[f]). Durch diesen letzten möglichen Erfolg ist die Gränzscheidungsklage eine Theilungsklage. Er wirkt aber auch auf jenen nächsten Zweck der Klage und die Beweislast zurück, in Beziehung auf welche beide Parteien an sich einander gleich stehen[g]).

---

den Parteien selbst zugestandene Unmöglichkeit, die richtigen Gränzen anzugeben, erforderlich sey, s. die Stellen Note e.

e) L. 1 eod.: Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. L. 2 §. 1, L. 8 §. 1, L. 11. 12 eod. Interesse und Früchte, L. 4 §. 1—3 eod. (Die Herstellung der alten oder einer bessern Gränze wird nach justinianischem Recht weder durch Usucapion, noch durch longi temporis praescriptio, sondern ist durch 30jährige Klagenverjährung ausgeschlossen. L. 5. 6 C. h. t. Im ältern Recht wurde zwar nur bei kleinen Gränzirrungen innerhalb des fünffüßigen Gränzstreifens die Ersitzung unberücksichtigt gelassen, diese Beschränkung wurde aber im Jahre 385 aufgehoben, so daß seitdem in allen Gränzstreitigkeiten, kleinen und großen, nicht mehr die Ersitzung, sondern nur die Gränzzeichen entscheiden L. 4 C. Th. h. t. Unter der freilich sehr bestrittenen quinque pedum praescriptio submota versteht Karlowa, Beiträge 1865 S. 142 f. die temporalis praescriptio decem vel viginti annorum, die innerhalb des finis abgeschafft werde; es ist aber wohl vielmehr eine praescriptio pro actore gemeint, welche einen ständigen Formeltheil bildete und die controversia de loco gegen Deduction und Consumtion zu schützen bestimmt war. Paul. sent. 1, 16. Isidor. 5, 25, 11 Gromat. vet. 43, 25—44, 3. Ebenso wenig kann in der controversia de loco die adiudicatio als beseitigt gelten, wie Karlowa S. 153 annimmt, da sowohl diese als das entsprechende int. uti possidetis eum locum keine rein petitorische und possessorische Rechtsmittel, sondern unter Gränznachbarn noch immer wie Gränzstreitigkeiten zu behandeln sind. Gromat. vet. 45, 4—45, 5. cf. ed perp. (1869) p. 87 n. 4. 5. Aeltere Meinungen s. bei Unterholzner, Verjährungslehre I. §. 54 S. 181 f. R.)

f) L. 2 §. 1, L. 3 eod. Einen von den bisherigen Ansichten ganz abweichenden Charakter will der Klage Wiederhold, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. XIII. 3 (1839) geben, fines regere soll Abmarkung bedeuten, diese sey als Pflicht der Nachbarn, um künftigen Gränzirrungen vorzubeugen, anerkannt, und darauf gehe die actio finium regundorum. Es ist dieß wohl nichts anderes, als eine historische Hypothese über die erste Entstehung der Klage, welcher überdieß erhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen. Dagegen: Sternberg, Zeitschr. f. Civilr. und Proc. XVII. 13, Puchta, Kleine Schriften S. 347 f., Hoffmann, Archiv für civ. Pr. XXXV. Nr. 10 [1852], Vangerow III. 658, Seuffert's Archiv V. 16. 17. 282, XIV. 29. 136. R.)

g) L. 10 eod.: Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant, agentis et eius, cum quo agitur. C. 3 X. de probat. (2, 19): — — quod si ambarum partium testes sint aeque idonei, possessoris testes praeferentur —.

II. Delictsobligationen.

A. Delicte durch Dolus.

1. Entwendung[a]).

§. 375.

Das Furtum begeht, wer eine bewegliche Sache nimmt, in der Absicht, sich in ihr einen das Recht eines Anderen verletzenden Gewinn zu verschaffen[b]). Die auf einen widerrechtlichen Gewinn gerichtete Absicht bildet den animus furandi; ist aber der Gewinn in Wahrheit kein widerrechtlicher, so macht ihn nicht schon die Absicht dazu[c]). Was der Dieb gewinnen will, kann die Sache selbst seyn, oder ein sonstiger Vortheil, den sie gewährt, darum kann möglicherweise der Eigenthümer der Sache selbst einen Diebstahl daran begehen[d]). Auf besonderen Gründen, nicht auf dem Begriff des Furtums, beruht es, daß dieses Delict nicht begangen wird durch Entwendung erbschaftlicher Sachen, ehe der Erbe angetreten und von ihnen Besitz genommen hat[e]). Eben so wird Entwendung unter Ehegatten nicht als Furtum behandelt (§. 426). Der Bestohlene, d. h. der, dessen rechtliches In-

---

a) Inst. IV. 1: de obligationibus, quae ex delicto nascuntur. Dig. XLVII. 2: de furtis. Cod. VI. 2: de furtis et servo corrupto. (Dollmann, die Entwendung, nach den Quellen des gem. Rechts 1834, Wächter im Rechtsler. III. S. 354 f. R.)

b) L. 1 §. 3 D. h. t. (47, 2): Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere. L. 25. 39. 52 §. 19. 20, L. 53 pr. 65 eod.: Infitiando depositum nemo facit furtum, nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est. Sed si possessionem eius adipiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec refert in digito habeat annulum an dactyliotheca, quem cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit.

c) Es ist kein furtum, wenn der Eigenthümer es gestattet (auch ohne Wissen des Thäters), L. 46 §. 8, L. 48 §. 2 eod. Aber die Gestattung muß nicht blos auf das Nehmen, sondern auf den Gewinn gerichtet seyn, daher der wissentliche Empfang einer Nichtschuld furtum ist, L. 44 pr. §. 1 eod.

d) L. 15 §. 1, L. 19 §. 6, L. 54 pr. §. 1, L. 66 pr. eod., L. 16 D. de cond. furt. (13, 1), §. 1. 6—10 I. h. t. (4, 1). Darauf wird die Eintheilung des Diebstahls in furtum rei ipsius, usus und possessiones gegründet, die abgesehen von ihrer Undeutlichkeit keineswegs alle Fälle erschöpft, s. z. B. L. 19 §. 6, L. 56 pr. cit.

e) Dig. XLVII. 19. Cod. IX. 32: expilatae hereditatis. L. 6 D. eod.: (Neratius) Si rem hereditariam ignorans in ea causa esse subripuisti, furtum te facere respondit. Paulus: Rei hereditariae furtum non fit, sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripientis.

teresse durch den Diebstahl verletzt ist[f]), hat die actio furti auf die Strafe des vierfachen oder doppelten Werths[g]), je nachdem das furtum manifestum oder nec manifestum ist[h]), gegen den Dieb und den Gehülfen[i]). Die Peinl. Ger. Ordn. Carl's V. läßt diese Privatstrafe noch bey dem einfachen geringen Diebstahl (unter fünf Goldgulden) zu[k]). Wegen Entwendung in Feuersnoth, Einsturz, Schiffbruch und ähnlichen Calamitäten wird eine Klage innerhalb eines Jahres auf das Vierfache, nachher auf das Einfache, auch gegen den wissentlichen Verwahrer der entwendeten Sachen gegeben[l]).

2. Betrug und Arglist.

a. Doli actio[a]).

§. 376.

Absichtliche rechtswidrige Beschädigung, wenn sie nicht unter den Begriff eines anderen Delicts fällt, und auch nicht durch eine andere Klage geltend gemacht werden kann, giebt dem Beschädigten die actio doli, die also im vollsten Sinn eine subsidiäre Klage ist[b]). Sie geht auf den Ersatz des vollen Interesse[c]), nach zwey Jahren aber nur noch auf den Gewinn, den der Beklagte von seinem Dolus hat[d]). Um ihrer Eigenschaft als actio famosa willen soll sie nicht wegen eines zu unbedeutenden Schadens (unter zwey Aurei) gegeben werden[e]), und nicht gegen solche Personen, denen der Kläger besondere Achtung schuldig ist[f]), in welchen Fällen eine actio in factum, um dem Beklagten den rechtswidrig gemachten Gewinn zu entziehen, stattfindet[g]).

f) L. 10. 11. 12 pr. §. 1, L. 26 §. 1, L. 71 D. de furt. (47, 2), L. 47 eod.: Si dominium rei subreptae quacunque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario.

g) L. 27 pr. 50 pr. eod.

h) L. 2—8 eod.

i) L. 21 §. 9, L. 34. 52 pr. 54 §. 4 eod.

k) C. C. C. 157. 158. (Sie ist jedoch auch in diesem Fall außer Gebrauch gekommen. Dollmann S. 112. R.)

l) Dig. XLVII. 9: de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata.

a) Dig. IV. 3. Cod. II. 21: de dolo malo.

b) L. 1 pr. §. 1. 4. 6. 7 D. h. t., L. 47 pr. D. de R. I. (50, 17).

c) L. 18 pr. D. h. t. (4, 3).

d) L. 28 eod., L. ult. C. h. t. (2, 21).

e) L. 9 in f. 10. 11 D. h. t. (4, 3).

f) L. 11 §. 1 eod.

g) L. 12 eod. (Im heutigen Recht ohne praktische Bedeutung. Sintenis §. 124 Anm. 9, Arndts §. 33. 334 Anm. 1. R.)

b. Actio in factum gegen den falsus tutor.

§. 377.

Gegen den, welcher mit dem Bewußtsein, nicht Vormund zu seyn, auctoritatem interponirt hat, hat der dadurch Getäuschte eine in factum actio auf Schadensersatz, nach Analogie der actio doli[a]).

c. Actio in factum gegen den Mensor[a]).

§. 378.

Die Voraussetzung der doli actio wäre bey einem Agrimensor, der durch falsche Messung beschädigt, vorhanden, wenn dem Verletzten kein anderes Mittel der Ausgleichung offen steht[b]), da auch die Partei, welche den Mensor bestellt und zugezogen, gegen ihn keine Geschäftsklage hat[c]). Aber es ist dem Beschädigten eine besondere Klage wegen Dolus oder culpa lata gegeben[d]), auch gegen Andere, die durch Messen oder Rechnen beschädigen[e]). Die Klage geht als Delictsklage nicht gegen die Erben[f]), doch ist sie perpetua[g]). Beschädigt der Mensor durch dolose Verzögerung der Messung, so tritt die actio doli ein[h]).

d. Klagen wegen Störung der Rechtshülfe.

§. 379.

Wer jemanden absichtlich verhindert, in einem Termin zu erscheinen, haftet dem dadurch Beschädigten auf das Interesse[a]).

Eben so wer einen in possessionem missus durch Dolus verhindert, in dem Besitz zu seyn[b]).

Wer durch Veräußerung einer Sache dem Anderen die Verfolgung seines Rechts dolose erschwert oder schmälert, kann mit einer actio in

a) L. 7 sqq. D. quod falso tutore (27, 6).

a) Dig. XI. 6: si mensor falsum modum dixerit. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. S. X. 422 ff.

b) L. 3 §. 2. 3 eod.

c) L. 1 pr. eod.

d) L. 1 §. 1 eod. (Gegen den heutigen Gebrauch: Sintenis §. 119 Anm. 2. R.)

e) L. 5 §. 2, L. 6. 7 eod.

f) L. 3 §. 5 eod.

g) L. 4 eod.: Haec actio perpetua est, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit.

h) L. 5 pr. eod.

a) Dig. II. 10 de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat.

b) Dig. XLIII. 4: ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. Vgl. L. 1 §. 8 eod.

factum auf das Interesse belangt werden[c]); die Veräußerung durch den Kläger giebt dem Beklagten gegen den nunmehrigen Kläger eine Exceptio[d]). Die Klage setzt eine Alienation, die jene Wirkung hat, voraus[e]), sie fällt daher weg, wenn die Veräußerung ungültig ist[f]), oder das Judicium nicht verändert, indem dasselbe entweder noch immer gegen den Veräußerer Statt findet, oder von ihm wenigstens übernommen werden will[g]). Als Delictsklage geht sie nicht gegen die Erben[h]).

e. Actio Pauliana[a]).

§. 380.

Wenn ein Schuldner eine Veräußerung zum Nachtheil seiner Gläubiger vornimmt, so wird diesen eine actio in factum, actio Pauliana (auch ein interdictum fraudatorium mit denselben materiellen Eigenschaften) gegeben. Sie setzt eine alienatio in fraudem creditorum facta voraus: eine Veräußerung[b]), wohin auch eine Zah-

c) Dig. IV. 7. Cod. II. 55: de alienatione iudicii mutandi causa facta.

d) L. 11. 12 D. eod.

e) L. 3 §. 2—4, L. 4 §. 2. 3, L. 8 §. 2 eod.

f) L. 8 §. 1 eod. Vgl. §. 96 Note h.

g) L. 3 §. 5 eod. Wo der Veräußerer als fictus possessor haftet, fällt eigentlich diese Klage weg, dessenungeachtet setzt L. un. C. h. t. (2, 55) auch in einem solchen Fall ihre Zulässigkeit voraus.

h) L. 4 §. 6, L. 5—7 D. h. t. (4, 7).

a) Dig. XLII. 8: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. Cod. VII. 75: de revocandis his, quae in fr. cred. alienata sunt. (Ueber das geschichtliche Verhältniß der Pauliana zum Int. fraudatorium und der personalis in factum actio vgl. Huschke in Linde's Zeitschr. N. F. XIV. Nr. 1. Danach war das Interdict ein schnelleres Rechtsmittel zur Revocation der Verkürzungen während des Güterbesitzes, um sie noch mit dem Vermögen verkaufen zu können; wegen später entdeckter Veräußerungen wurde eine actio in factum gegeben. — Anders Rudorff, Ztschr. für R. G. VIII. S. 62 f.: das Interdict stand dem Güterkäufer zu, wenn er die Sachen mit gekauft hat, welche in fraudem seines int. possessorium (Gaius 4, 145) veräußert sind, widrigen Falls den Gläubigern; daher die Verjährung der Pauliana von der fraudulosen Veräußerung, die des Interdicts erst von dem Güterkauf anfängt. Nach der Abschaffung der bonorum venditio wurde das Interdict mit der Pauliana zusammengezogen. — Dagegen hält Huschke, Ztschr. für R. G. IX. (1870) S. 329—366 seine frühere Ansicht durchweg aufrecht. Allein ihr widerspricht die Bedingung (L. 10 pr. D. h. t.), die Identität der arbitrairen und in factum actio (L. 8. 10, L. 1 pr. §. 9, L. 25 §. 1 D. h. t.), der Verjährungsanfang (Note i), die Umgehung des int. possessorium (L. 157 §. 1 D. de R. J. 50, 17) und die Stellung im Edict zum prätorischen Pfandrecht statt zum Erbrecht. R.)

b) L. 1—7. 17. 18 D. h. t., L. 5 eod. Nicht Ausschlag eines Erwerbs, L. 6

lung gehören kann[c]), zum Nachtheil der Gläubiger, so daß diese durch den Concurs ihre Befriedigung nicht erlangt haben[d]), und Dolus des Schuldners und des Empfängers[e]), dessen Wissen nur bey unentgeltlicher Veräußerung nicht erforderlich ist[f]). Der Gegenstand der Klage ist die Restitution des Veräußerten mit allen Accessionen, soweit sie zur Befriedigung der benachtheiligten Gläubiger erforderlich ist[g]), ohne daß der Beklagte seine Gegenleistung, wenn sie nicht noch vorhanden ist, von den Gläubigern fordern kann[h]). Die Klage geht nach einem Jahr nur noch auf das, wodurch der Beklagte bereichert ist[i]), gegen die Erben, wie andere Delictsklagen, auf die Vermehrung der Erbschaft durch das Delict des Erblassers[k]).

f. Sonstige dolose Beschädigungen.

§. 381.

Wessen Dolus in einem Auflauf Schaden verursacht hat, der kann innerhalb eines Jahres auf das duplum, nachher auf das simplum belangt werden[a]).

---

pr. §. 1—5, L. 19. 20 D. h. t. Streitig, ob dem Fiscus in dieser Beziehung ein Vorrecht zustehe, L. 45 pr. D. de iure fisci (49, 14).

c) Gegenüber dem Fiscus, L. 18 §. 10, L. 21 eod. Vorzeitige Zahlungen, L. 10 §. 12 D. h. t. (42, 8). Zahlungen nach der Concurseröffnung, L. 6. §. 6. 7, L. 10 §. 16 eod. Nach der gewöhnlichen Meinung dationes in solutum auch vor der Concurseröffnung mit Berufung auf L. ult. D. quib. ex caus. in poss. (42, 4), worin dieses Geschäft einem Kauf verglichen wird. Controverse: ob überhaupt Zahlungen vor der Concurseröffnung der Klage unterliegen, wenn sie sich als Begünstigung eines Gläubigers vor den anderen qualificiren? (mit Berufung für die bejahende Meinung auf L. 24 D. h. t. [42, 8], L. 6 §. 1. 2 D. de reb. auct. iud. [42, 5], L. 96 pr. D. de solut. [46, 3]) Francke, über die Zuläßigkeit der a. Pauliana bey Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt, Archiv für civ. Pr. XVI. 5. 10 (1833), Laspeyres, das. XXI. 2 (1838). (Petzold in der sächs. Zeitschr. für Rechtspflege XIX. S. 481 f. — Vgl. überhaupt: Holzschuher I. S. 223, II. 2 S. 1017 f., Arndts §. 228, 3. R.)

d) L. 10 §. 1, L. 15. 16 D. h. t. (42, 8), §. 6 I. de action. (4, 6). Fitting, ist die Pauliana durch Concurseröffnung bedingt? Archiv für civ. Pr. 49, 3. R.)

e) L. 1 pr. 6 §. 8, L. 9. 10 pr. §. 2—5, L. 25 §. 1 D. h. t. (42, 8).

f) L. 6 §. 11, L. 25 pr. eod., L. 5 C. h. t. (7, 75). Hat der Fiscus das Vorrecht, daß er auch onerose Veräußerungen, ohne Rücksicht auf Mitwissenschaft des Empfängers, anfechten kann? L. 45 pr. D. de iure fisci (49, 14), L. 18 §. 10 eod.

g) L. 9. 10 §. 19—23, L. 14. 25 §. 4 D. h. t. (42, 8).

h) L. 7. 8 eod.

i) L. 6 §. 14, L. 10 §. 18. 24 eod. (Anfang des annus utilis? Für das Interdict und die in factum actio ex die venditionis bonorum [L. 10 §. 18 D. h. t.], die Pauliana „ex die factae venditionis“ [L. 1 pr. L. 10 pr. D. eod.].

k) L. 10 §. nlt., L. 11 eod.

a) Dig. XLVII. 8: vi bonorum raptorum et de turba.

Von der Beschädigung zur Zeit der Noth gilt, was von der Entwendung unter diesen Umständen (§. 375 Note l).

Gegen den, welcher fremde Bäume heimlich abhaut (ohne sie wegzubringen, also ohne ein Furtum zu begehen), hat der Eigenthümer oder Emphyteuta die actio arborum furtim caesarum, auf das Doppelte des Interesse, bey dessen Anschlag der Werth des liegen gebliebenen Holzes in Abzug zu bringen ist[b]).

Pächter öffentlicher Einkünfte, wenn sie oder ihre Diener und Gehülfen jemanden in Beziehung auf ihr Geschäft absichtlich beschädigen, können innerhalb eines Jahrs, sofern sie nicht freiwillig restituiren, auf das Doppelte, nachher auf das Einfache belangt werden[c]).

Auch die actio sepulcri violati gehört hieher (§. 35 a Note q).

g. Actio servi corrupti[a]).

§. 382.

Die Klage gegen den, welcher einem fremden Sklaven in seinem schlechten Wandel Vorschub leistet, oder ihn zu unerlaubten Handlungen anleitet und dadurch verdirbt, ist als utilis actio auch dem Vater wegen der Verführung der Kinder auf eine arbiträre Geldstrafe gegeben[b]).

h. Calumnia[a]).

§. 383.

Wer um eines ungerechten Processes willen wissentlich etwas empfangen hat, kann, wenn es gegeben worden ist, damit er von diesem Unrecht abstehe (ne calumniae causa negotium faceret), von dem Geber mit der condictio ob turpem causam, von dem, dessen Nachtheil der Empfänger beabsichtigte, mit einer Pönalklage auf das Vierfache innerhalb eines Jahrs belangt werden[b]), und dieselbe Klage hat,

---

b) Dig. XLVII. 7: arborum furtim caesarum.

c) L. 1—6 D. de publicanis (39, 4).

a) Dig. XI. 3: de servo corrupto. Cod. VI. 2: de furtis et servo corrupto. (Entstanden aus der Aquilia, jedoch ohne Litiscrescenz und Retrotraction, L. 5 §. 2. 4, L. 9 §. 2 D. h. t. Daher die Dauer und Noralwirkung, L. 5 §. 3, L. 14 §. 2. 3 D. h. t. Vgl. Rudorff, röm. Rechtsgesch. II. §. 108. R.)

b) L. 14 §. 1 D. h. t.

a) Dig. III. 6. Cod. IX. 46: de calumniatoribus. (Entstanden aus den Repetunden L. 7 pr. D. ad L. Iul. rep. (48, 12) und nur durch Attraction zur negotiorum gestio gestellt. Rudorff a. a. O. V. 138, Note 21, Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. XII. 149. R.)

b) L. 5 §. 1, L. 7 pr. D. h. t.

wenn etwas gegeben worden ist, ut negotium faceret, der, dessen Nachtheil Geber und Empfänger beabsichtigten, gegen den Empfänger[c]), nach einem Jahr auf das Einfache[d]).

3. Gewalt.

a. Körperliche Gewalt.

§. 384.

Eine körperliche Gewalt gegen die Person, eine wirklich vollzogene oder unmittelbar angedrohte, bildet den Charakter mehrerer Delicte, so des Raubs (Entwendung mit Gewalt gegen die Person verübt), aus welchem der Prätor eine besondere vi bonorum raptorum actio gab[a]), der gewaltsamen Besitzentziehung (interdictum de vi §. 135), der gewaltsamen Zurückhaltung eines in ius vocatus, die dem Klaganstellет eine in factum actio auf das, was er von dem vocatus fordern wollte, giebt[b]).

b. Drohung[a]).

§. 385.

Gegen die Veränderung rechtlicher Zustände durch rechtswidrige Drohung[b]) wird der Gezwungene restituirt durch eine Klage, actio quod metus causa, wenn ihm schon etwas entzogen worden ist, durch eine Einrede, exceptio metus, gegen eine durch den Zwang vermittelte Klage[c]). Diese Rechtsmittel setzen einen Vermögensnachtheil

c) L. 3 §. 3, L. 6 eod.

d) L. 1 pr. 5 in f. eod.

a) Inst. IV. 2. Dig. XLVII. 8 Cod. IX. 33: vi bonorum raptorum.

b) Dig. II. 7: ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat.

a) Dig. IV. 2: quod metus causa gestum erit. XLIV. 4: de doli mali et metus exceptione. Cod. II. 20: de his, quae vi metusve causa gesta sunt. Rudorff, über die octavianische Formel, Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. XII. 3 (1844). (Schliemann, die Lehre vom Zwange 1861 S. 29—52. R.)

b) L. 1—9 pr. D. quod metus (4, 2).

c) L. 9 §. 3. 4 eod.: Sed quod praetor ait, ratum se non habiturum, quatenus accipiendum est, videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a praetore in integrum resti-

voraus[d]), dessen voller Ersatz gefordert werden kann, so daß dem Gezwungenen alles wird, was er ohne die erlittene Gewalt gehabt hätte[e]). Dieser Gegenstand der Forderung ist unbeschränkt, wenn der Zwingende selbst belangt wird, und hier ist die Klage eine Delictsklage[f]), aber Klage und Einrede sind zugleich in rem scriptae, und können gegen Jeden gebraucht werden, an den und soweit an ihn in Folge einer Gewalt etwas gekommen ist[g]). Das canonische Recht hat der exceptio metus eine Wirkung noch über die Natur der in rem scripta hinaus gegeben. Diese Einrede fällt nämlich unter den Begriff der

tutionem postulare, et praetorem me adsistente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione.

d) L. 12 §. 2, L. 14 pr. eod.

e) L. 9 §. 7 eod.: Ex hoc edictio restitutio talis facienda est, i. e. in integrum officio iudicis, ut si per vim res tradita est, retradatur et de dolo sicut dictum est, repromittatur, ne forte deterior res sit facta. Et si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio, usque adeo ut Iulianus scribat libro IV. digestorum, si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi vel solvatur vel restituta obligatione iudicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum. Sed ed si per vim stipulanti promisero, stipulatio accepto facienda erit. Sed et si ususfructus vel servitutes amissae sunt, restituendae erunt. L. 18 pr. D. de dolo (4, 3), L. 10 §. 1, L. 12 pr. quod metus (4, 2) L. 38 §. 6 D. de usur. (22, 1). Zufälliger Untergang des abgezwungenen Gegenstands, L. 14 §. 11 D. quod metus. Die Strafe des Vierfachen wegen verweigerter Restitution auf arbitrium iudicis (L. 14 §. 1—4. 7. 9. 10, L. 19 eod.) ist heutzutage weggefallen.

f) L. 14 §. 5. 15, L. 16 pr. §. 2, L. 17. 19. 20 eod.

g) L. 9 §. 8 eod.: Cum haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, non immerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta. L. 9 §. 1, L. 14 §. 18 eod., L. 4 §. 33 D. de doli exc. (44, 4): Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem; etenim distat aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit, enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est, ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo, qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiiciatur, veruntamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocunque adhibito exceptio obiici possit.

exceptio spolii, die dem Spoliirten gegen Klagen selbst, die mit der erlittenen Gewalt in gar keinem Zusammenhang stehen, zukommen soll; er soll gegen jede criminelle Anklage irgend einer Person[h]), und gegen jede Civilklage des Spoliators geschützt seyn, bis er restituirt wird, wenn er das Spolium innerhalb funfzehn Tagen zu beweisen vermag[i]).

c. Handlung gegen Verbot[a]).

§. 386.

Wer gegen Verbot (vi in diesem Sinn)[b]), oder mit Verheimlichung

h) c. 3 C. 3 qu. 1: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda quaecunque condicione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia maiorum aut per quascunque iniustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum, et reliqua.

i) c. 1 de restit. spol. in VI. (2, 5): — statuimus, ut in civilibus negotiis spoliationis obiectu, quae ab alio quam ab auctore facta proponitur, iudex in principali procedere non postponat. Sed si in civilibus ab actore, in criminalibus autem se spoliatum reus asserat a quocunque, infra quindecim dierum spatium post diem, in quo proponitur, quod asserit comprobabit. alioqnin in expensis, quas interim actor ob hoc fecerit, iudiciali taxatione praehabita condemnetur, alias, si iudici aequum visum fuerit, puniendus —. Bruns, Recht des Besitzes §. 16—18. R.)

a) Dig. XLIII. 24: quod vi aut clam. G. Hasse, Rhein. Museum IV. 1 (1830), Francke, Archiv für civ. Pr. XXII. 14 (1839), Schmidt, Zeitschr. für Civilr. und Pr. N. F. I. 7 (1845). (Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXVII. [1854] 9, Hesse, über die Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn 1859, Stölzel, Lehre von der operis novi nunciatio und dem int. quod vi aut clam. 1865. (Rec. von Baron, krit. V.-J.-Schr. VII. (1865) S. 489—511), v. Duhn, Archiv für civ. Pr. XLVIII. (1865) 3 und über den hier referirten Rechtsfall Stölzel, Jahrb. für Dogm. VIII. (1866) 6 S. 139—178 zur Lehre vom int. q. v. aut clam, Hesse, das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken oder das interdictum quod vi aut clam und die operis novi nuntiatio 1866 S. 1—86, Karlowa, Beitr. zur Gesch. des röm. Civilproc. [1865] Nr. IV. S. 89—101 zur Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam, Zimmermann, über den Beweis des Klägers bey dem int. q. v. aut clam, Archiv für civ. Pr. LII. N. F. II. (1869) No. XX. S. 464 bis 499. R.)

b) L. 1 §. 5—11, L. 2. 3 pr. §. 1 eod., L. 20 pr. eod.: Vi facit tam is, qui prohibitus fecit, quam is, qui quo minus prohibeatur, consecutus est periculum puta adversario denuntiando, aut ianua praeclusa. L. 20 §. 1 eod.: Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, i. e. vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve iactantis prohibendi gratia. (Vgl. Windscheid §. 465 Note 18. — Stölzel, dogm. Jahrb. VIII. S. 144 sieht in dem

vor dem, von welchem ein Verbot zu befürchten war[c]), eine Aenderung mit einem Grundstück vornimmt (von welcher Beschaffenheit dieses seyn möge)[d]), und dadurch irgend einen Schaden (sey es an einem Grundstück oder an einer anderen Sache) veranlaßt[e]), der haftet dem Beschädigten[f]) auf Wiederherstellung des Zustands vor der Veränderung und vollen Schadensersatz[g]), sein Erbe nur auf das, was an ihn gekommen ist[h]). Die Klage, interdictum quod vi aut clam, geht aber auch gegen den Besitzer des Opus, der keinen Theil an dessen Entstehung hat, jedoch nur auf Duldung der Restitution durch den Kläger[i]). Ein Recht schützt den Beklagten nicht[k]), dagegen hat er eine Einrede, 1) wenn er sich auf das Verbot bereit erklärt hat, mit Caution den Proceß über sein Recht zu übernehmen[l]); 2) wenn er schon einen Richterspruch[m]), oder eine sonstige obrigkeitliche Anordnung[n]) für sich hat; 3) wenn er nur beseitigt hat, was von dem Kläger vi aut clam geschehen ist[o]); 4) wenn das Verbot seine Wirkung durch

Interdict quod vi aut clam eine Ergänzung des int. uti possidetis, da letzteres sich auf künftige Störungen (vis nach erlassenem Interdict) beschränke und daher gegen vergangene Störungen keinen Schutz gewähre. Dieser Satz ist zwar nach classischem Recht begründet — Savigny's gegentheilige Behauptung ist auf das justinianische zu beschränken —, allein die Ergänzung betrifft gleichwohl nicht das prohibitorische int. uti possidetis, sondern das restitutorische int. de vi et vi armata, mit dem daher auch das int. quod vi aut clam im Sabinussystem verbunden erscheint. Denn nur diese beiden Interdicte sind gleichartig, außer daß ersteres Besitz und Dejection voraussetzt, während beides für bloße Anlagen nicht erforderlich ist. — Anders die operis novi nuntiatio, die nicht nur prohibitorisch ist, L. 1 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1, sondern sich auch auf den interimistischen Baubesitz bezieht und daher in das ausgebildete System der Proceßcautionen gehört, von welchen das prätorische Edict den Zwischenzustand abhängig macht, vgl. Rudorff, edictum perpetuum §. 48—50, 308. R.)

c) L. 3 §. 7. 8, L. 4 eod.

d) L. 1 §. 4, L. 7 §. 5. 8, L. 11 pr. 20 §. 5 eod.

e) Vgl. L. 7 §. 7 eod.

f) L. 11 §. 14, L. 16 pr. §. 1 eod., L. 17 eod.: Interdictum quod vi aut clam per quemvis domino adquiritur, licet per inquilinum.

g) L. 1 pr. §. 1, L. 15 §. 7—12 eod.

h) L. 15 §. 3 eod.

i) L. 7 pr. 14. 15 pr. 16 §. 2 eod.

k) L. 1 §. 2 eod.: Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi an non. Sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdicto propter quod vi aut clam fecit, tueri enim ius suum debuit, non iniuriam committere.

l) L. 3 §. 5 eod.

m) L. 7 §. 2 eod.

n) L. 7 §. 4 eod.

o) L. 7 §. 3, L. ult. §. 2 eod.

ausdrückliche oder stillschweigende Zurücknahme verloren hat[p]); 5) wenn ein Jahr seit der letzten Thätigkeit verstrichen ist[q]).

4. Iniuria[a]).

§. 387.

Iniuria ist das wissentliche Unrecht, das seine ausschließliche Richtung gegen die Person des Verletzten hat, ohne die Absicht einer Vermögensbeschädigung, wenn diese auch nebenher als Folge der Handlung eintreten sollte. Dieses Delict bildet ein Supplement zu den besonderen dolosen Vergehungen; eine Handlung, mit der sich jene persönliche Intention verbindet, begründet die iniuriam actio[b]), unter dieser Voraussetzung kann jeder Eingriff in das Rechtsgebiet eines Anderen diese Klage zur Folge haben, wenn nur der Verletzte sich rein auf die Hervorhebung jenes animus iniuriandi beschränkt, und von

---

p) L. 1 §. 9, L. 3 §. 1. 2, L. 20 §. 2 eod.

q) L. 15 §. 3—6 eod. (Man hat es bedenklich gefunden, daß auch der Eigenthümer das Verbot jedes Dritten respectiren soll. Manche wollen deshalb die unbedingte Kraft der Prohibition auf die Verbote des Eigenthümers beschränken, während sie zum Verbot gegen ihn ein Verbietungsrecht [Francke, Windscheid §. 465 Note 18] oder doch Bescheinigung eines Sachenrechts verlangen [Hesse S. 53]. Dieß ist ein entschiedener, durch Mißverständniß der L. 5 §. 10 D. de O. N. N. [39, 1] §. 396 d veranlaßter Irrthum, vgl. Cic. pro Tull. 53, L. 6 §. 1 D. si serv. [8, 5] §. 191 h. Andere finden es genügend, daß dem Eigenthümer gegen unbefugte Prohibitionen außer der Injurienklage §. 387 o das Interdict uti possidetis und das Summariissimum zur Seite stehe, L. 3 §. 2—4 D. uti poss. [43, 17]; L. 11 D. de vi [43, 16]; [Schmidt, Zimmermann, Stölzel]. Allein gegen rechtsförmliche Prohibitionen können diese Rechtsmittel nicht schützen. Das Richtige ist, daß es einer solchen Gegenwirkung nicht bedarf, weil das Interdict, gleich der actio ad exhibendum, nur unter Voraussetzung eines rechtlichen Interesses gegeben wird. L. 16 §. 1 D. h. t., Stölzel S. 380 f., 500 f., Karlowa S. 91 f., Zimmermann, Archiv 52, 20 S. 464—499. Dieses Erforderniß tritt auch für die Mandate ein, welche im heutigen Recht an die Stelle des römischen Privatverbots getreten sind. Hesse S. 89 ff. R.)

a) Inst. IV. 4. Cod. IX. 35: de iniuriis. Dig. XLVII. 10: de iniuriis et famosis libellis. A. D. Weber, über Injurien und Schmähschriften 1793 ff. 2. Ausg. 1797 ff. 4. Aufl. 1820. (Mit Rücksicht auf die Praxis einzelner Länder: L. J. Neubert, Handb. des Injurienprocesses, 2. Aufl. [1842], J. Schüßler, über Injurien und Injurienklagen [1847]. R.)

b) L. 44 D. h. t. (47, 10): Si inferiorum dominus aedium, superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes quid aut proiecerit aut infuderit, negat Labeo iniuriarum agi posse, quod falsum puto, si tamen iniuriae faciendae causa immittitur. L. 3 §. 2 eod.: Itaque pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest facere nemo, nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat, cui faciat.

den sonstigen Qualificationen der Handlung, z. B. der Vermögensbeschädigung, absieht[c]). Ein Fall dieses Delicts ist noch besonders hervorgehoben, und darum wird unterschieden 1) die actio iniuriarum ex generali edicto[d]), die alle Fälle der Aeußerung jenes animus iniuriandi umfaßt, 2) die actio iniuriarum aus einer Injurie im engeren Sinn, contumelia, infamandi causa factum[e]), der Aeußerung einer die Ehre des Anderen antastenden, verachtenden Gesinnung, durch welche sehr verschiedenartige, ja an sich indifferente Handlungen (Thätlichkeiten, Worte, Zeichen) zu Injurien werden können[f]). Das prätorische Edict hat als einen besonderen Fall der Injurie hervorgehoben das convicium (Schmähung)[g]), das cornelische Gesetz Schläge und Eindringen in die Wohnung[h]). Die Handlung braucht nicht gegen den Injuriirten persönlich und unmittelbar begangen zu seyn[i]), es giebt auch eine mittelbare Injurie, die uns in der Person unserer Angehörigen widerfährt[k]). Die Wahrheit, wenn der Redner sich nur einfach darauf beschränkt hat, ist nie eine Injurie[l]).

Die iniuriarum actio, in welcher der Kläger die ihm widerfahrene Injurie bestimmt bezeichnen muß[m]), geht auf eine arbiträre Geldstrafe nach einer vom Kläger aufzustellenden, vom Richter zu ermäßigenden aestimatio iniuriae[n]). Die Klage fällt weg, sowie der Injuriirte zu

c) Hinderung oder Störung der Ausübung von Privat- oder öffentlichen Rechten, L. 25 D. de A. E. V. (19, 1), L. 13 §. 7, L. 24 D. h. t. (47, 10), L. 2 §. 9 D. ne quid in loco publ. (43, 8); Eindringen in die Wohnung, L. 23 D. h. t., L. 21 §. 7 D. de furt. (47, 2); Beschränkung der persönlichen Freiheit, L. 11 §. 9 D. h. t.; Beraubung der Geisteskräfte, L. 15 pr. eod.; Vexationen, L. 13 §. 3, L. 15 §. 33 eod.

d) Vgl. L. 15 §. 26 eod.

e) L. 1 pr. 15 §. 25 sqq. eod.

f) L. 1 §. 1, L. 15 §. 1. 15—23. 27. 29—33 eod.

g) L. 15 §. 2—12 eod.

h) L. 5 pr. eod.

i) L. 15 §. 7 eod.

k) L. 1 §. 3—6, L. 15 §. 24, L. 18 §. 2—5 eod. Aber nur die prätorische Klage wird wegen der mittelbaren Injurie gegeben, nicht die der lex Cornelia, L. 5 §. 6 eod. Der Unterschied ist, daß jene in einem Jahr verjährt, diese perpetua ist.

l) L. 18 pr. eod.: Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum et aequum, ob eam rem condemnari, peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire, L. 5 C. h. t. (9, 35): Si non convicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit. Si autem in rixam inconsulto calore prolapsus homicidii convicium obiecisti et ex eo die annus excessit, cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob iniuriae admissum conveniri non potes.

m) L. 7 D. h. t. (47, 10).

n) §. 7. 9 I. h. t. (4, 4), L. 7 §. 8, L. 8. 9. 21. 37 §. 1 D. h. t. (47, 10).

erkennen gegeben hat, daß er die Injurie ignoriren wolle, ferner wenn er andere Satisfaction angenommen oder sonst mit dem Thäter sich verglichen hat[o]).

B. Delicte durch Culpa.

I. Actio legis Aquiliae[a]).

§. 388.

Das damnum iniuria data, aus welchem die actio L. Aquiliae oder utilis actio (in factum actio accommodata legi Aquiliae)[b]) entspringt, setzt eine rechtswidrige[c]) positive Handlung, die eine Beschädigung hervorgebracht hat[d]), voraus. Die Klage geht auf vollen Ersatz des Schadens[e]), wird aber Pönalklage theils dadurch, daß sie gegen den Leugnenden auf das Doppelte geht[f]), theils durch die Bestimmung, daß der höchste Werth in dem letzten Jahr (bey Tödtung von Sklaven oder vierfüßigem Vieh oder in den letzten dreißig Tagen

---

o) L. 11 §. 1, L. 17 §. 6 eod. (Die electio concurrirenden Klagen auf Widerruf, Abbitte und Ehrenerklärung [Wallenrodt in der Ztschr. für Rechtsgeschichte, III. S. 238—300] sind nicht römischen Ursprungs und die neuere Gesetzgebung erstrebt auch in Stelle der römischen Privatstrafe eine criminalrechtliche Behandlung der Injurien: Walter, im neuen Archiv des Crim.-Rechts V. S. 108 f., S. 241 f., Mittermaier im Rechtsler. V. S. 863—904. R.)

a) Inst. IV. 3. Dig. IX. 2. Cod. III. 35: de lege Aquilia.

b) §. 16 I. h. t., L. 7. 9. 33 §. 1, L. 49 pr. D. h. t., L. 57 D. loc. (19, 2), L. 11 D. de praescr. verb. (19, 5) u. a.

c) L. 4 pr. 5 pr. 29 §. 3, L. 44. 49 §. 1 D. h. t. (9, 2). (Eigenes Verschulden des Beschädigten schließt den Anspruch aus, L. 11 pr. L. 28 §. 1, L. 52 §. 1 D. h. t., L. 203 D. de R. I. (50, 17). Demelius in den Jahrb. für Dogm. V. S. 59. 71. Arndts in Pözl's Vierteljahrsschr. V. S. 172 f. — Beweis der Culpa: Busch, Archiv für civ. Pr. XLV. S. 148 f. R.)

d) Untergang oder Beschädigung von Sachen, vgl. L. 27 §. 21 D. eod., §. 16 I. eod., des Körpers eines Freien, L. 7 pr. 13 pr. D. eod., vgl. L. ult. D. de his qui effud. (9, 3). (Haftung für Unterlassungen? L. 13 §. 2 D. de usufr. [7, 1]. — L. 8 pr. L. 27 §. 1, L. 44 §. 1, L. 45 pr. h. t. Seuffert's Archiv III. 56, IV. 96, X. 164, 165, XIII. 28, XVII. 129. Busch a. a. O. S. 139 f. R.)

e) L. 21 §. 2, L. 22. 23 pr. §. 1—6, L. 29 §. 3, L. 33 pr. D. h. t. (9, 2). Nicht blos Eigenthum, sondern auch ein ius in re berechtigt zur Klage, L. 11 §. 6—10, L. 12. 17 pr. (Madai, im Archiv für die civ. Praxis XXVI. 7 Num. III. [1843]. R.) 19. 20 eod. (Haftung des Auftraggebers? Seuffert's Archiv XV. 130. Des Ratihabenten? L. 1 §. 14 D. de vi [43, 16], L. 152 §. 2 D. de R. I. [50, 17]. Holzschuher II. S. 981. Haftung für Knechte? Seuffert XIV. 35, XVI. 220. Haftung juristischer Personen für ihre Beamten? Seuffert IX. 119, VII. 150, XIV. 36, namentlich der Eisenbahngesellschaften? Seuffert VIII. 53, X. 165, XIII. 140, XIV. 208, XV. 26. R.)

f) L. 2 §. 1 eod.

rückwärts (bey sonstigem Schaden) der Schätzung zu Grunde gelegt wird[g]). Bey Körperbeschädigungen besteht nach der Praxis außer dem Schadensersatz (s. Note d) noch ein Anspruch auf eine arbiträre Geldstrafe (Schmerzengeld)[h]).

2. Actio viae receptae.

§. 389.

Wer das Grundstück eines Anderen zum öffentlichen Wege zieht, kann von diesem auf das Interesse belangt werden[a]).

3. Versehen des Richters[a]).

§. 390.

Wenn ein Richter dolo eine widerrechtliche Sentenz giebt, so kann er von dem Beschädigten auf die volle aestimatio litis belangt werden, litem suam facit[b]). Die Klage pflegt actio syndicatus oder ex syndicatu genannt zu werden. Ist er nur eines Versehens schuldig, so wird die Klage gegen ihn nicht schlechthin auf das volle Interesse, sondern auf eine nach der Stärke seines Versehens zu ermessende Leistung gegeben[c]). Diese Grundsätze sind auch auf die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden, auf die der vermischt freiwilligen schlechthin, auf die der rein freiwilligen so, daß der Richter nur wegen dolus und culpa lata in Anspruch genommen werden kann.

g) L. 2 pr. 11 §. 2, L. 27 §. 5 eod. Davon ist jedenfalls die Anwendung auch noch heutzutage zu machen, daß der Kläger seinen Beweis des Werths nicht auf den Zeitpunkt der Beschädigung zu richten braucht.

h) Vgl. C. C. C. 20. (Seuffert I. 220, IV. 227, VIII. 137, XIII. 31, XV. 131. Entschädigung wegen Entstellung? Seuffert I. 63. Ansprüche der Angehörigen? Seuffert VIII. 222. R.)

a) L. 3 pr. D. de via publ. refic. (43, 11). (F. Zimmermann, über die heutzutage Statt findenden Rechtsmittel wegen Beschädigungen der Angränzen durch Anlegung öffentlicher Straßen. Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. [1854] XII. Num. 3. Sintenis, Civilrecht. 2. Ausg. II. S. 766 ff. [1861]. R.)

a) Dig. L. 13: de extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur. Cod. VII. 49: de poena iudicis qui male iudicavit etc. (Weber, Zeitschr. für Civilr. und Proceß VII. No. 1. Dieß ist eine Proceßstrafe und daher kein eigentliches Delict, jedoch von der Aquilia aus betrachtet ein damnum neque corpore nec corpori datum. R.)

b) L. 15. 16 D. de iudic. (5, 1), L. 2 C. h. t. (7, 49). R. A. 1532 Tit. 3 §. 17, C. G. O. 1555 Th. III. Tit. 55 §. 6. 10. (Iudex litem suam facit bezeichnet nicht das Delict, sondern die Wirkung desselben.)

c) L. 6 D. de extraord. cogn. (50, 13), pr. I. de obl. quasi ex del. (4, 5), vgl. C. G. O. 1555 a. a. O. §. 5. — Die Bestimmungen in Dig. II. 5: quod quisque

4. Haltung gefährlicher Thiere.

§. 391.

Wer gefährliche Thiere an einem gangbaren Ort hält, kann, wenn ein freier Mensch durch dieselben getödtet wird, auf 200 solidi [a]), ist er verwundet, auf eine arbiträre Geldstrafe und Schadensersatz, sind Sachen beschädigt worden, auf das Duplum des Schadens belangt werden [b]).

C. Obligationen aus Delicten Anderer.

§. 392.

Nautae, caupones, stabularii können aus den Delicten, welche die von ihnen bey ihrem Geschäft gebrauchten Personen gegen die Reisenden begehen, von diesen auf das Doppelte belangt werden, vorausgesetzt, daß das Delict im Schiff oder Gasthof selbst geschehen ist [a]).

Wer an seinem Körper oder an seinen Sachen durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einem Hause auf einen besuchten Ort beschädigt wird, hat die actio de effusis et deiectis auf Schadensersatz gegen den Bewohner des Hauses oder des Theils desselben, aus welchem die Beschädigung geschehen ist [b]).

D. Obligationen aus Beschädigungen durch Thiere [a]).

§. 393.

Wenn ein Thier, ohne daß ein Mensch Ursache davon ist, durch eine dieser Thiergattung nicht natürliche Wildheit (contra naturam

iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur, finden heutzutage keine Anwendung.

a) Heutzutage auf eine arbiträre Criminalstrafe, C. C. C. 136.

b) L. 40 §. 1, L. 41. 42 D. de aedil. ed. (21, 1).

a) Dig. XLVII. 5: furti adversus nautas, caupones, stabularios. L. 1 D. nautae, caup. (4, 9). (Vgl. §. 267 a. E. R.)

b) Dig. IV. 3: de his qui effuderint vel deiecerint. (Wegen Tödtung eines freien Menschen Popularklage auf 50 aurei. Die wegen gefährlichen Ansteilens oder Aushängens gegebene Popularklage auf 10 aurei, actio de positis et suspensis, ist nicht mehr im Gebrauch. R.) L. 5 §. 6—13 D. eod., §. 1 I. de obl. quasi ex del. (4, 5).

a) Inst. IV. 9. Dig. IX. 1: si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. (Inst. IV. 8. Dig. IX. 4. Cod. III. 41: de noxalibus actionibus.)

sui generis) geschadet hat, so hat der Beschädigte die actio de pauperie gegen den Eigenthümer, der sich aber durch noxae deditio des Thiers von dem Ersatz befreien kann[b]). Die Voraussetzungen dieser Klage treten nicht ein bey dem Abweiden fremder Früchte, darum ist hier eine eigene Klage, actio de pastu, gegeben, die den Gegenstand und die Voraussetzung der Nichtschuld mit der vorigen gemein hat[c]).

III. Obligationen zur Abwendung künftiger Verletzungen.

A. Aus einseitigen Handlungen und Zuständen.

1. Damni infecti cautio[a]).

§. 394.

Wer durch die mangelhafte Beschaffenheit eines Hauses oder einer

---

b) L. 1 pr. §. 11 D. si quadr. (9, 1), L. 1 §. 3. 4. 7. 10 eod.: Ait Praetor: pauperiem fecisse. Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum, nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret. Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam, quodsi propter loci iniquitatem aut propter culpam mulonis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur. — Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit. Ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo quia non ipse suo corpore damnum dedit. At si cum equum permulsisset quis vel palpatus est et calce cum percusserit, erit actione locus. — In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet —. L. 4 eod.: Haec actio utilis competit, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

c) L. 14 §. 3 D. de praescr. verb. (19, 5): Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possis, nam neque ex lege XII tabularum de pastu pecoris, quia non in tua pascitur, neque de pauperie, neque damni iniuriae agi posse; in factum itaque erit agendum. Der Meinung, daß die Klage Absicht des Vieheigenthümers voraussetzt, widerspricht ihre Eigenschaft als Noxalklage, Paul. sent. I. 15, 1; Si quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupede cedat, quod etiam lege Pesulania de cane cavetur. S. ferner L. 6 C. de L. Aqu. (3, 35): De his quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.

a) Dig. XXXIX. 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. Hesse, die cautio damni infecti nach römischen Principien und in ihrer heutigen Anwendung und Anwendbarkeit 1838, Reinhard, Archiv für civ. Pr. XXX. 8 [1847], Groß, über die Caution wegen zukünftigen Schadens. 1864. R.)

sonstigen Vorrichtung [b]) einen Schaden für ein Grundstück und dadurch für sich befürchtet [c]), wegen dessen Ersatz er keine Klage haben würde [d]), kann (mit der damni infecti actio oder exceptio) von dem, welchem das Opus gehört [e]), Caution fordern [f]), daß ihm der durch dasselbe und seine mangelhafte Beschaffenheit [g]) entstehende Schaden

b) L. 19 §. 1, L. 30 D. h. t.

c) L. 5 §. 2, L. 11. 13 §. 5. 8. 9, L. 18 pr. §. 1—5. 7 eod. Iusiurandum calumniae, L. 13 §. 3 eod. Daß der bonae fidei possessor nicht das Recht der Caution hat (L. 11. 13 §. 9 cit.), hält Ihering (Abhandl. S. 104. 111) für eine von den späteren Juristen aufgegebene Beschränkung. Es ist schwer, einen Ausdruck zu dieser Rechtsänderung, wie er will, in L. 18 pr. eod.: damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est zu finden. Ueberdieß entbehrt jene Ausschließung keineswegs eines materiellen, fortwirkenden Grundes. Vgl. jedoch L. 13 §. 3 D. h. t.: Quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem, et non inquiretur, utrum intersit eius, an non, vicinas aedes habeat an non habeat; totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiiciendum, cui cavendum sit, cui non. Groß S. 18 ff. — Miteigenthümer gegen einander haben den Anspruch nicht, weil ihnen andere Rechtsmittel zur Seite stehen, L. 32 D. h. t. Ausnahme wegen gemeinschaftlicher Mauern? L. 39 pr., L. 43 §. 1, L. 28. 33—37 eod., L. 13 §. 1 D. de s. p. u. [8, 2], L. 11 D. comm. div. [10, 3], Paul. V. [10, 2] Cic. Top. 4, 22. Ruete, die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern 1843, Groß S. 25 f., Vangerow §. 678 a. (E. R.)

d) L. 6 eod.: Evenit ut nonnunquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cautione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint, adeo ut plerisque placuerit, nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia, quae iaceant, pro derelicto habeat. L. 13 §. 6, L. 18 §. 4, L. 32 eod., L. 24 eod.: Si filiusfamilias inquilinus sit, videamus, an damni infecti nomine in possessionem aedium vicinarum mittendus sit? Quaeritur enim, an filiusfamilias non videtur damnum pati, si res peculiares sint, et pater possit stipulari, si quid ei damni fiat? Et placet utrumque eorum in possessionem mitti, nisi sic conduxerat, ut eius periculo aedes essent; tunc enim, quia solus tenetur ex locato, recte dicetur, ipsum mittendum in possessionem, nisi ei caveatur. L. 23 eod.: Inquilino non datur damni infecti actio, quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet. L. 34 eod.

e) L. 9 §. 4. 5, L. 10. 11. 13 pr. §. 1, L. 15 §. 24—27, L. 19 pr. eod. Ueber den Fall mehrerer Verpflichteter und Berechtigter, L. 27 eod.: Plures earundem aedium domini singuli stipularis debent sine adiectione partis, quia de suo quisque damno stipulatur, quin imo pars adiecta partis partem faciet. Contra si plures domini sint vitiosarum aedium, pro suo quisque parte promittere debet, ne singuli in solidum obligentur. L. 40 §. 2—4 eod.

f) L. 13 §. ult., L. 15 pr. §. 1 eod. Realcaution durch Bürgen, wenn jemand alieno nomine cavirt, L. 9 §. 4. 5, L. 13 pr. 31 §. 1 eod. (Seuffert's Archiv IV. 11, VII. 185. R.)

g) Stipulatio hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit, L. 24 §. 4. 12 eod., L. 26 eod.: Proculus ait, cum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipula-

werde ersetzt werden, cautio damni infecti[h]). Auch eine cautio de damno praeterito kann unter Umständen gefordert werden, immer durch exceptio, und auch durch Klage, wenn der Beschädigte an der zeitigen Forderung der damni infecti cautio gehindert war[i]). Der Verpflichtete kann sich von der Verbindlichkeit zur Caution durch Dereliction des Hauses oder Opus befreien. Weigert er sich ohne dieß, so wird der Berechtigte in den Besitz desselben, zunächst ohne Verdrängung des Verpflichteten, gesetzt, missio in possessionem ex primo decreto[k]); bleibt diese ohne Erfolg, so wird das Recht des Verpflichteten als derelinquirt angenommen, und geht durch eine missio in possessionem ex secundo decreto auf den zur Caution Berechtigten über[l]), oder es wird, wenn der Kläger dieß vorzieht, die Caution als geleistet betrachtet[m]).

2. Aquae pluviae arcendae actio[a]).

§. 395.

Wenn jemand von einer zur Veränderung des Wasserlaufs auf einem Privatgrundstück gemachten Vorrichtung[b]) Schaden durch Regen-

tione, veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia, eaque iure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Mihi videtur vera esse Proculi sententia.

h) Nicht blos der Schaden an dem gefährdeten Grundstück selbst, L. 13 §. 5, L. 28. 40 pr. eod.

i) L. 7 §. 2, L. 5. 9 pr. §. 3, L. 15 §. 28. 34 eod., L. 4 §. 3 D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4).

k) L. 15 §. 11—20. 30. 31 D. h. t. (39, 2), L. 5 §. 1 eod.

l) L. 7 pr. 15 §. 21—27 eod.

m) L. 7 pr., L. 15 §. ult. eod., L. 4 §. 2 D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4). (Ueber den heutigen Gebrauch Arndts §. 328 Anm. 6. 7. R.)

a) Dig. XXXIX. 3: de aqua et aquae pluviae arcendae. (K. A. Schneider, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. V. 22 [1832], Elvers, [neue] Themis I. S. 493 ff. [1841], Schmidt [von Ilmenau], civil. Abhandl. 4 [1841]. Darüber: Pfordten, kritische Jahrb. 1843 S. 588 f.) Vgl. auch die §. 35 a Note bb cit. Schriften (und Schäffer, Zeitschr. für Civilr. und Proceß. N. F. VI. No. 5 IX. No. 14 [1851]. R.)

b) L. 1 §. 1 D. h. t.: Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est, de eo opere, ex quo damnum timetur, totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, i. e. cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte

wasser[c]) für sein Feldgrundstück befürchtet[d]), so hat er gegen den Eigenthümer des Grundstücks oder des Opus[e]), die aquae pluviae arcendae actio auf Restitution des früheren Wasserlaufs (je nachdem der Beklagte Urheber ist oder nicht, auf dessen oder auf des Klägers Kosten), nicht auf Ersatz eines (vor der Litiscontestation) schon eingetretenen Schadens[f]). Eine Einrede giebt dem Beklagten die Berechtigung zu der Vorrichtung durch eine Servitut, durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Uebereinkunft[g]), und durch obrigkeitliche Anordnung, deren Beweis durch unvordenkliches Bestehen des gegenwärtigen Zustands ersetzt wird[h]).

3. Operis novi nuntiatio[a]).

§. 396.

Wer durch Veränderungen, die mit irgend einem Grundstück vorgenommen werden sollen, opus novum in solo factum, solo coniun-

---

immittendo eam ut maiorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur. L. 1 §. 2—10, L. 3 §. 3, L. 23 §. 1 eod. Utilis actio, wenn die Veränderung durch Zufall geschah, L. 2 §. 1. 2. 5. 6 eod.

c) L. 1 pr. §. 23, L. 2 §. 9, L. 3 pr. eod. Diese Stellen haben die Controverse veranlaßt, ob auch wegen bloßen Quellwassers, abgesehen von dem Fall, wo es erst durch Hinzukommen des Regens schädlich wird, unsere Klage zulässig ist?

d) L. 1 §. 17, L. 25 eod. Nicht wegen entzogenen Wassers, L. 1 §. 21 eod., vgl. L. 2 §. 9 eod.: Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit. ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse, aquam enim arcere hoc esse curare ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.

e) L. 4 eod. Utilis actio gegen den Usufructuar, L. 3 §. 4, L. 22 §. 2 eod., Theilung des Anspruchs gegen mehrere Miteigenthümer: L. 11 §. 1 D. h. t. Ubbelohde, untheilb. Obl. S. 196—203, Windscheid §. 299 Anm. 4. R.)

f) L. 5. 6 §. 6. 7, L. 11 §. 3, L. 22 §. 1 eod.

g) L. 19 eod.

h) L. 1 §. ult., L. 2 §. 3, L. 23 pr. §. 2 eod.

a) Dig. XXXIX. 1. Cod. VIII. 11: de operis novi nuntiatione. Dig. XLIII. 25: de remissionibus. G. Hasse, Rhein. Museum III. S. 579 ff. (Ueber das Verfahren: Schmidt von Ilmenau, Zeitschr. für Civilr. und Proceß VIII. 2 [1851], Rudorff in Bekker und Muther's Jahrb. IV. 3, Schmidt, daselbst IV. 7, über das Verhältniß zum int. quod vi und die heutige Anwendbarkeit: Zimmermann, Archiv für civ. Pr. XXXVII. 9, Stölzel, Lehre von der O. N. N. und dem Int. quod vi aut clam. (1865) I. (629 Seiten. Darüber Warnkönig, in Schletter's Jahrb. XI. S. 193—197), Hesse, Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen (1866) S. 92—170, Karlowa, Beitr. zur Gesch. des röm. Civilproc. (1865) S. 59—89. R.)



